

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง

#### 2.1 ข้อความคิดกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส<sup>1</sup>

คำว่า “สัญญาทางปกครอง” (Contrat Administratif) โดยทั่วไปอาจมองได้ว่า คือ สัญญาทุกอย่างที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น แต่ในความเป็นจริง สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองเท่านั้น

สัญญาระหว่างเอกชน ต่อเอกชน มีพื้นฐานมาจากความเสมอภาคกันของคู่สัญญา ความเสมอภาคนั้น หมายถึง ความเสมอภาคในการกำหนดข้อสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญา แต่สัญญาทางปกครอง ตามระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ให้การยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (Personne Publique) และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเอกชน โดยมีเหตุผลว่า ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงย่อมต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชน

ระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และได้รับการพัฒนาจากนักวิชาการทางกฎหมายมหาชน จนกลายเป็นระบบสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ในปัจจุบัน หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นการศึกษาถึงทฤษฎี และแนวความคิด มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร<sup>2</sup> และถึงแม้จะมีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นการระบุไว้โดยอ้อมว่า ให้สัญญานั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งต้องใช้ระบบกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับเท่านั้น

กรณีสัญญาทางปกครองโดยอาศัยแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล หรือที่เรียกกันว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากมีหลายกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ จึงต้องเป็นหน้าที่ของศาลจะต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งศาลใช้เกณฑ์คุณสมบัติของคู่สัญญา

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข็มชัย ชุตินวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, กฤษณ์ วสินนท์ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (ม.ป.ป.). คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. หน้า 43.

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). สัญญาทางปกครอง. หน้า 292.

ในการแบ่ง กล่าวคือ

- (1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน
- (2) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และอีกฝ่ายเป็นบุคคลเอกชน
- (3) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

(1) กรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะปกติแล้วการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชน ย่อมใช้วิธีบริหารจัดการในทางมหาชน เว้นแต่ สัญญานั้นก่อให้เกิดเพียงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีกระทรวง ทบวง กรม ซื้อกระแสไฟฟ้าจาก การไฟฟ้านครหลวง เป็นต้น สัญญานี้ ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่การไฟฟ้านครหลวงทำกับผู้ใช้บริการเอกชนรายอื่น ๆ ทั่วไป จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

(2) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน โดยหลักแล้ว สัญญานี้ อาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ 3 ประการ (1) ข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษ หรือ (2) วัตถุประสงค์สัญญา หรือ (3) ระบบแห่งสัญญา

2.1 ข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษ ได้แก่ ข้อสัญญาที่ไม่พบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนทั่ว ๆ ไป สัญญาทางปกครองแทบทุกสัญญาจะมีข้อกำหนดพิเศษอยู่เสมอ ยกเว้นกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะ กับผู้ใช้บริการที่มีลักษณะเป็นเชิงพาณิชย์กรรม ซึ่งมีวัตถุประสงค์สัญญา เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น สัญญาเช่นนี้ เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ และจำนวนของข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็มีใช้สาระสำคัญ แม้มีอยู่เพียงข้อเดียว ก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาทางปกครอง

ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนี้ อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำกันได้ เช่นการให้ได้รับการยกเว้นภาษี หรืออาจเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชน กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ เช่น สัญญาให้ดำเนินกิจการซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมเรื่องบุคลากรที่จ้าง และอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บได้ เป็นต้น

2.2 วัตถุประสงค์สัญญา สัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์สัญญาก็ได้ สัญญาประเภทนี้ แบ่งได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ

1) สัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง แต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เพราะคำว่า สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด ควรจะต้องหมายถึง สัญญาซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับสัญญาประเภทนี้ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เนื่องมาจากการทำงานก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาประเภทนี้ยังแบ่งได้อีกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างผู้รับเหมา โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และกรณีที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้

2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาประเภทนี้ ก็เช่นเดียวกับกรณี 1) คือ แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง แต่ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น มีลักษณะเป็นการบริหารจัดการแบบมหาชน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาให้ใช้พื้นที่ส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลรัฐ เพื่อจัดตั้งร้านอาหาร เป็นต้น

3) สัญญาเกี่ยวกับการจัดบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาเกี่ยวกับการจัดบริการสาธารณะโดยตรงที่สำคัญ มี 3 ประเภท ได้แก่

- สัญญาให้สัมปทานดำเนินบริการสาธารณะ (la concession de service public) ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำสัญญาประเภทนี้ได้ โดยมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งสัญญาเช่นว่านี้

- สัญญาว่าจ้างบุคลากรดำเนินบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลรัฐ แต่หากเป็นการจ้างให้มีหน้าที่ปลีกย่อย เช่น หน้าที่ทำความสะอาดอาคาร สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง และ

- สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะทำกับผู้ให้บริการดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3 สัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนด หรือต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กฎหมายกำหนด คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด และไม่พบในหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่น ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญาต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล เป็นต้น

(3) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลัก ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะคู่สัญญาฝ่ายใดจะได้รับมอบหมายให้มีภาระด้านบริการสาธารณะ (service public) หรือไม่ ไม่ว่าจะมิใช่คู่สัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรือไม่ ไม่ว่าจะมิใช่คู่สัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ เช่น สัญญาระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานสร้างทางด่วน กับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน เว้นแต่ สัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน คำว่าเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนนี้ มิได้หมายถึงกรณีที่เอกชน ทำสัญญาในฐานะเป็นตัวแทนของนิติบุคคลมหาชน แต่หมายถึงเอกชนทำสัญญาไปเสมือนหนึ่งเป็นการทำโดยนิติบุคคลมหาชน ซึ่งกำกับดูแลอยู่เบื้องหลัง แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาต่อไปว่า มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ หรือมิใช่คู่สัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะด้วยหรือไม่

สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแสดงเจตนาที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา และเป็นสัญญาที่กระทำไปเพื่อประโยชน์มหาชน สัญญาทางปกครอง จึงมีระบบกฎหมาย (régime juridique) ซึ่งหมายถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ทางกฎหมายที่ประกอบกันขึ้นเป็นระบบหนึ่ง แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับสัญญาทั่ว ๆ ไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งอาจเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยคำพิพากษาของศาล

### 2.1.1 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง ก็เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้น หลักเกณฑ์บางประการในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับการก่อให้เกิดสัญญาทั่วไปตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ เป็นผลโดยตรงของการแสดงเจตนาที่สอดคล้องต้องกันของฝ่ายปกครอง กับเอกชน

อย่างไรก็ดี สิ่งที่ทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษเฉพาะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ในส่วนของการเกิดขึ้นของสัญญานั้น ได้แก่ การมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา ที่ทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา และความเสมอภาคในสัญญาทางปกครองแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่ง หลักของสัญญาทางปกครองที่เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง ได้แก่

(1) การแสดงเจตนา ตามหลักกฎหมายแพ่ง การแสดงเจตนาที่มีข้อบกพร่อง อันได้แก่ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด การแสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉล หรือการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่ ถือว่าเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ เฉพาะการข่มขู่ ทางกฎหมายแพ่งหากข่มขู่โดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถือว่าเป็นการทำให้การแสดงเจตนามีข้อบกพร่อง แต่ในทางกฎหมายปกครอง หากฝ่ายปกครองข่มขู่ แม้เป็นสิ่งที่กระทำได้ตามกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (บิดเบือนการใช้อำนาจ : abuse of power.)

(2) วัตถุประสงค์ของสัญญา สัญญาไม่ว่าทางแพ่ง หรือทางปกครอง ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ กำหนดได้แน่นอน และไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยกรณีที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย มีทั้งที่มีบทบัญญัติของ กฎหมายห้ามไว้ และเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยสภาพ เช่น ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ไม่อาจเป็น วัตถุประสงค์ของสัญญาได้ เป็นต้น

(3) รูปแบบของสัญญา ก็มีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่ง คือ โดยหลักแล้ว สัญญา ทางปกครอง ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจกระทำด้วยวาจา รวมทั้งอาจมีการทำสัญญาโดย ปริยายก็ได้

ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครอง

สำหรับฝ่ายปกครองที่จะเข้าทำสัญญา เสรีภาพในการทำสัญญามีน้อยกว่าเอกชนมาก ทั้งในเรื่องอำนาจทำสัญญา และวิธีเลือกคู่สัญญา

อำนาจในการทำสัญญา เอกชนอาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถ หากเป็นนิติบุคคล อาจมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ สำหรับฝ่ายปกครอง มีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่อง อำนาจในการทำสัญญาหลายประการ ดังนี้

(1) สัญญาที่ต้องเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของนิติบุคคลนั้น หากทำสัญญาในเรื่องที่ ไม่มีอำนาจ สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ (nullité)

(2) ผู้ที่ทำแทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนในสัญญา ต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย กรณีของกระทรวง ต้องเป็นรัฐมนตรี หรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบให้ลงนามแทน การลงนามโดยผู้ไม่มี อำนาจ เป็นโมฆะ

(3) สัญญาบางประเภท จะต้องได้รับการอนุมัติ หรือการรับรองจากองค์กรอื่นเสียก่อน เช่น สัญญากู้ยืมเงินของรัฐ ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา สัญญาที่ไม่ได้รับการอนุมัติ ถือเป็นโมฆะ เป็นต้น

(4) โดยทั่วไป จะมีการกำหนดแบบของสัญญาทางปกครองไว้

(5) การควบคุมฝ่ายปกครองที่ทำสัญญาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น การควบคุม ด้านการเงิน โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

(6) บางกรณี ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิเลือกที่จะทำสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทาง ปกครอง เพราะกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องทำเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะ

(7) เอกสิทธิบางอย่าง ฝ่ายปกครองมีอยู่ ไม่อาจสละได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละเอกสิทธิ ศาลจะถือว่าการสละสิทธินั้น ๆ ไม่มีผล เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ต้องขึ้นศาล ปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ หรือจะให้อนุญาตตุลาการพิจารณาไม่ได้

วิธีการเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองมีอิสระในการเลือกคู่สัญญา เฉพาะในกรณีที่ถือว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาเท่านั้น เช่น กรณีสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมีบุคคล หรือบริษัทที่เหมาะสม หรือมีลักษณะพิเศษอยู่แล้ว ไม่อาจเลือกบุคคล หรือบริษัทอื่นใดเป็น คู่สัญญาได้ วิธีการเลือกคู่สัญญา มี 3 วิธีหลัก ๆ ได้แก่

(1) วิธีประกวดราคา คือ ต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างมากที่สุด โดย วัตถุประสงค์ให้ได้ราคาต่ำที่สุด ผู้มีราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา

(2) วิธีพิเศษ มีหลักเกณฑ์เหมือนกับการประกวดราคาทุกประการ ข้อแตกต่างก็คือ การพิจารณาผล ซึ่งจะคัดเลือกจากผู้เสนอราคาที่เหมาะสม นอกจากนั้น ยังพิจารณาข้ออื่น ๆ ด้วย เช่น ทางเทคนิค ทางการเงิน ผู้ชนะมิใช่ผู้มีราคาต่ำสุดเสมอไป

(3) วิธีตกลงราคา วิธีนี้ ฝ่ายปกครองมีอิสระเต็มที่ในการเจรจา และทำสัญญากับใครก็ได้ แต่ต้องทำให้เกิดการแข่งขันด้วยเท่าที่จะเป็นไปได้ จะใช้กับกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ทำเท่านั้น เช่น มีความจำเป็นเร่งด่วน มีความต้องการพิเศษเฉพาะราย หรือมีวงเงินเล็กน้อย

ข้อจำกัดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา สัญญาทางแพ่ง เอกชนคู่สัญญา มีความเสมอภาคกันในการกำหนดข้อสัญญา เป็นการเจรจาต่อรองกันโดยอิสระ แต่ก็มีข้อยกเว้น เมื่อ คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าจะเลือกกำหนดข้อสัญญา โดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เปลี่ยนแปลงข้อสัญญา สัญญาเช่นว่านี้ เรียกว่า “สัญญาแบบ” อย่างไร ก็ตาม กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็กำหนดให้ข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญามากเกินไป ให้ถือเป็นอันไม่มีผล นอกจากนี้ยังมีหลักการตีความอยู่อีกว่า ในกรณีเป็นที่สงสัย ให้ตีความในทาง ที่เป็นคุณแก่ฝ่ายต้องเสียในมูลหนี้ หลักกฎหมายแพ่ง จึงมีความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญาอย่างมาก

ในสัญญาทางปกครอง ขอมรับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครอง กับเอกชน โดยฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เพราะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) เอกชนไม่มีอำนาจต่อรองข้อสัญญานอกจากในเรื่องราคา ส่วนข้อสัญญาอื่น ๆ เอกชนมีเพียงสิทธิที่จะยอมรับ หรือปฏิเสธไม่ทำสัญญาเท่านั้น

### 2.1.2 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส มีความหมายกว้าง ครอบคลุมสัญญาประเภทต่าง ๆ ที่มีลักษณะหลากหลาย แต่ก็แบ่งได้ 3 ประเภทใหญ่ ได้แก่

(1) สัญญาทางปกครองทั่วไป ได้แก่สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษในตัวของมันเอง เป็นสัญญาที่แตกต่างกับสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน คือ การใช้กฎเกณฑ์พิเศษ ซึ่งได้แก่ สัญญาพัสดุ สัญญามอบให้เอกชนดำเนินกิจการบริการสาธารณะ สัญญาให้เอกชนครอบครองสาธารณะสมบัติ และ สัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐ กฎหมายมหาชนฝรั่งเศสยอมรับว่าเนื่องจากฝ่ายปกครองมี

ภาระหน้าที่เพิ่มขึ้นอยู่ตลอด จึงควรมีความสัมพันธ์กับฝ่ายเอกชน เพื่อให้ช่วยเหลือทางการเงิน และการลงทุนได้ โดยอาศัยการทำสัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการดังกล่าว หรือใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในทรัพยากรของหน่วยงานทางปกครอง

(2) สัญญาที่อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาตัวแทน สัญญาประกันภัย สัญญาเกี่ยวกับการเงิน

(3) สัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่สัญญาทางเศรษฐกิจ และสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเอง

### 2.1.3 ผลของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา

ผลแห่งสัญญาทางปกครอง หลักสำคัญ กฎหมายปกครองฝรั่งเศส ถือว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใดก็ตาม ฝ่ายปกครอง ย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างเหนือเอกชน โดยสภาพของกิจกรรมที่ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เดียวกัน ฝ่ายปกครองมีหน้าที่พิเศษที่คู่สัญญากฎหมายแพ่งไม่มี อันเป็นการทดแทนสิทธิที่ขาดหายไปของเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองมีสิทธิกำกับ และควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด หรือกำหนดแนวทางให้แก่คู่สัญญาในการปฏิบัติตามสัญญาด้วย แต่ฝ่ายปกครองจะลดค่าตอบแทนที่เป็นตัวเงินตามที่ตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ และการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว จะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกิน เอกชนมีสิทธิเลิกสัญญา เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้อื่นที่ไม่ได้กำหนด และเกี่ยวข้องกับสัญญาเลย หรือขอให้เพิ่มสิ่งของที่กำหนดหลายเท่าตัว โดยที่ไม่สามารถแสดงให้เห็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะว่ามากถึงขนาดนั้น

มาตรการบังคับในกรณีมีการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้ อำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง (prérogatives de la puissance publique) แสดงออกมาเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

1. ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักกฎหมายแพ่งที่ว่า "คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญา" มาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาต่อไป ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดอย่างไร หรือไม่ก็ตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถทำได้แค่เพียงร้องขอต่อศาล เพื่อขอให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองดังกล่าว หรือขอให้มีการสั่งให้ยกเลิกสัญญาในกรณีความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น

2. ในกรณีฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญา เช่น ละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้อง นื้อฉด หรือล่าช้า ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามสัญญา ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ

(ก) มาตรการนี้ ไม่ได้มุ่งหมายแต่เพียงเยียวยาความเสียหายเท่านั้น แต่มุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

(ข) มาตรการดังกล่าวเป็นสิทธิอย่างยิ่งของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะข้อกำหนดในสัญญาจะกำหนดให้สิทธิเช่นนั้นไว้หรือไม่ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมอ แม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้

(ค) การใช้มาตรการดังกล่าว เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลให้ออกคำสั่งบังคับ เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ ถ้าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา กลับปรากฏว่ามีการออกคำสั่งทางปกครอง และใช้ออกสิทธิที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน (Privilège du préalable) ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจสาธารณะ การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว ถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะไม่ยอมรับสิทธิของฝ่ายปกครองในการที่จะปฏิเสธไม่ใช้ออกสิทธิดังกล่าว และจะมาใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอให้ออกคำสั่งบังคับเอา กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา มิได้

(ง) ในกรณีที่มีการใช้มาตรการที่ไม่สมเหตุผล คู่กรณีฝ่ายเอกชนสามารถฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

(จ) ส่วนราชการคู่สัญญา จะมีคำสั่งในทางอาญาไม่ได้

มาตรการหลัก ๆ ที่ฝ่ายปกครองอาจนำมาใช้ กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ลงมือปฏิบัติงาน หรือปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่อง หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลอื่นดำเนินการแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากส่วนราชการคู่สัญญา มีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท คือ

(ก) มาตรการทางการเงิน หรือค่าปรับ (pénalités) เป็นกรณีที่มีสัญญากำหนดไว้ ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทันทีที่มีความบกพร่องตามที่สัญญากำหนดไว้ เช่น การปรับรายวันตามจำนวนวันที่ล่าช้า หรือเป็นกรณีที่มีการคำนวณในภายหลังเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น เป็นค่าเสียหาย (dommages intérêts) และดอกเบี้ย

(ข) มาตรการเข้ากระทำการแทน เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะเกิดความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่าย

(ค) มาตรการที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลง หรือการเลิกสัญญาโดยไม่มีการจ่ายค่าทดแทน หรือ การเลิกสัญญาเพราะความผิดของคู่สัญญา<sup>3</sup>

จากการศึกษามาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาทางปกครอง แม้สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสจะยอมรับความไม่เท่าเทียมกัน (inégalité) ของคู่สัญญา และให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือบางประการ ได้แก่ การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว และการบอกเลิกสัญญา แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีได้ปฏิบัติผิดสัญญา แม้จะมีได้มีข้อสัญญาระบุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำได้ ทั้งนี้ภายใต้หลักประโยชน์สาธารณะ หรือโดยการกำหนดมาตรการบางอย่างเพื่อให้เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะเป็มาตรการทางการเงิน หรือมาตรการเข้ากระทำการแทน แต่มาตรการทางปกครอง และอำนาจเหนือดังกล่าว ไม่ครอบคลุมไปถึงการให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถเข้ายึด อาศัยทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครอง นำออกขายทอดตลาด เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองนั้นได้เองโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล เพราะเป็นการบังคับตามหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ และต้องให้ศาลชี้ขาด แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะตกลงยินยอมให้มีการยึด อาศัยทรัพย์สินดังกล่าวได้เมื่อตนปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครองก็ไม่อาจทำได้ เพราะอำนาจในการบังคับตามสัญญา โดยการยึด อาศัย ขายทอดตลาดนั้น ถือเป็นอำนาจตุลาการ ซึ่งไม่อาจยินยอมให้บังคับกันได้เองโดยข้อสัญญา

#### 2.1.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดลง เพราะได้ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว หรือ สิ้นผลตามข้อตกลงในสัญญา หรือ สิ้นผลเพราะคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิก หรือ สิ้นผลเพราะการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นอันพ้นวิสัย ซึ่งจะเห็นได้ว่าจะเหมือนกับกฎหมายแพ่ง แต่ส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะของสัญญาทางปกครอง ได้แก่

(1) ตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อผลของสัญญาทางปกครองว่า ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ก็ตาม กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ผิดสัญญา ฝ่ายปกครองก็อาจเลิกสัญญาได้ ถ้าเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาจทำเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือเป็นกฎก็ได้ ความจริงการเลิกสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้นี้ ก็คือการขยายอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองมาใช้

<sup>3</sup>สุรพล นิติไกรพจน์, ประสาท พงษ์สุวรรณ, นันทกุล พันธคำ, นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, ยศศักดิ์ เมนะทัต, สุรีย์ เฝ้าสุขถาวร และตรีทศ นิโครธางกูล. (2545). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. หน้า 121.

นั่นเอง หลักการเลิกสัญญาโดยฝ่ายเอกชนปราศจากความผิดนี้ ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวน

(2) การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง โดยคำร้องของเอกชนคู่สัญญา ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาเกินขนาด หรือมีเหตุสุดวิสัยขึ้น หรือโดยคำร้องขอของฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ประสงค์ที่จะใช้อำนาจยกเลิกสัญญาด้วยตนเอง หรือโดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยไม่อาจโทษคู่สัญญาฝ่ายใดได้

## 2.2 ข้อความคึกคักกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน<sup>4</sup>

### 2.2.1 ความทั่วไปของสัญญาทางปกครองเยอรมัน

มาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 บัญญัติว่า “นิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน อาจก่อตั้งขึ้น แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญาทางปกครอง เท่าที่ไม่เป็นการขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย” ซึ่งเป็นการให้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” (der verwaltungsrechtliche Vertrag) ในทางกฎหมาย นอกจากนั้น ข้อความดังกล่าวยังเป็นการอนุญาตให้ฝ่ายปกครองสามารถผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนด้วยวิธีการทำสัญญาทางปกครอง นอกเหนือจากวิธีการออกคำสั่งทางปกครอง และการทำสัญญาทางแพ่งอีกด้วย

องค์ประกอบในการพิจารณาสัญญาทางปกครองของเยอรมัน ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) มีสาระสำคัญ 3 ข้อ ดังนี้

(1) การแสดงเจตนา ซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาจะเกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าไม่มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

(2) ฐานะของคู่สัญญา ทั้งคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน เช่นกรณีสัญญาระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน จึงไม่อาจกระทำด้วยคำสั่งทางปกครองได้ หรือคู่สัญญาที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง

หากเอกชน ทำสัญญากับเอกชน และสัญญานั้นมีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้ง ยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เท่าที่กฎหมายสามารถกำหนดสิทธิหรือหน้าที่แก่เอกชนได้ อำนาจในการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ดังกล่าวแก่เอกชนจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ เช่น การตกลงกันของเอกชน โดยความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายมหาชน

<sup>4</sup>มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า 26.

(3) วัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือผลในทางกฎหมายที่ได้รับจากการเกิดขึ้นของสัญญา

องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง อาจแบ่งเป็นเรื่องรูปแบบ และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองก็ได้

เรื่องรูปแบบ คือ การอนุญาตให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครอง โดยมุ่งหมายให้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของคำสั่งทางปกครอง โดยจะมีทฤษฎีรองรับอยู่ 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีเงื่อนไขของกฎหมาย คือ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน อนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำในรูปของสัญญาทางปกครอง และทฤษฎีความมาก่อนของกฎหมาย คือ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาได้ ฝ่ายปกครองอาจกระทำสัญญาทางปกครองได้ หากไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสรุปได้ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งไม่มีกฎหมายมอบอำนาจให้ทำสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ฝ่ายปกครองทำได้ หากได้รับมอบอำนาจในทางเนื้อหาอย่างพอเพียง และฝ่ายปกครองไม่สามารถเลือกทำในรูปของสัญญาได้ หากกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าฝ่ายปกครองต้องกระทำในรูปของคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง จะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักในเรื่องของสัญญา ได้แก่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค มาใช้ประกอบกัน

ลักษณะร่วมกันของสัญญาทางปกครอง กับคำสั่งทางปกครอง คือ เป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิก สิทธิ หรือหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชน

ลักษณะที่แตกต่างกันของสัญญาทางปกครอง และคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งฝ่ายเดียวที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Die Behörde) การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครอง กับคำสั่งทางปกครอง ไม่มีความยุ่งยากนัก ข้อพิจารณาประการสำคัญก็คือ การแสดงเจตนาของคู่สัญญา สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญาด้วยกัน ซึ่งอาจต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องนั้น ในกรณีมีข้อสงสัยให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ไม่ประสงค์จะทำสัญญาทางปกครอง แต่ประสงค์จะออกคำสั่งทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งตรงที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางแพ่ง คือ นิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ขณะที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางปกครอง คือนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การแบ่งแยกโดยคู่สัญญาไม่อาจแยกได้ชัดเจน เพราะสัญญาที่ทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐ มิได้หมายความว่า จะเป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญา แต่ต้องดูที่เนื้อหาของสัญญานั้น ว่าแสดงถึงนิติสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายมหาชน หรือหลักกฎหมายเอกชน มีความมุ่งหมายเพื่อทำให้เสร็จสิ้นไปซึ่งภาระหน้าที่ของฝ่าย

ปกครองหรือไม่ หรือ สิทธิหน้าที่ซึ่งได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับโดยสัญญา ต้องก่อให้เกิดสิทธิ หรือก่อให้เกิดหน้าที่ต่อฝ่ายปกครอง

คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเยอรมัน อาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ คู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน และ คู่สัญญาที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (der koordinationsrechtliche Vertrag) เช่น สัญญาระหว่างเทศบาลสองเทศบาลเกี่ยวกับการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านแนวเขตเทศบาลดังกล่าว

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (der subordinationsrechtliche Vertrag) เป็นความสัมพันธ์ในระดับบน และล่าง คือเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครอง กับประชาชน กรณีที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ เป็นข้อยกเว้นของคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นการเสริมให้คำสั่งทางปกครองดีขึ้น และมีความเกี่ยวเนื่องกับคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt)

### 2.2.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง<sup>1</sup>

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง มีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ

1. เงื่อนไข และขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปสัญญาทางปกครอง
2. การทำสัญญาทางปกครอง
3. คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง
4. รูปแบบของสัญญาทางปกครอง
5. การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม และ
6. การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น

1) เงื่อนไข และขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครอง อาจเลือกรูปแบบการกระทำของตนในรูปสัญญาทางปกครองได้ หากการกระทำในรูปสัญญาทางปกครองนั้น ไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย หรือไม่ขัดหลักกฎหมายทั่วไป ตามมาตรา 54 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มิได้บัญญัติว่าต้องมีกฎหมายให้อำนาจ การทำสัญญาทางปกครองที่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ก็คือ ในกรณีที่มิบทกฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจกระทำในรูปสัญญาทางปกครองได้ การกระทำในรูปสัญญาทางปกครอง ไม่มีเนื้อหาในการแทรกแซงสิทธิอย่างคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือไปจากเนื้อหาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ จากความยินยอมของเอกชนนี้เอง ทำให้การ

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 111.

กระทำในรูปของสัญญาทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง

2) การทำสัญญาทางปกครอง ในเรื่องนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้กำหนดไว้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายแพ่งร่วมด้วย กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันว่า คำเสนอ คำสนอง ถูกต้องตรงกัน หากผู้เสนอยื่นทำนิติกรรมอำพราง หรือผู้เสนอมิได้ประสงค์ให้ตนผูกพัน ย่อมทำให้การแสดงเจตนาดังกล่าวไม่มีผล เป็นต้น การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่รัฐเกี่ยวกับการรับหรือไม่รับข้อเสนอ มิใช่คำสั่งทางปกครอง

3) คู่สัญญาของสัญญาทางปกครอง ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถจะเป็นคู่สัญญา หากบุคคลเป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็ต้องมีตัวแทน ในกรณีของนิติบุคคลก็ต้องมีผู้แทนกระทำการแทน ในกรณีหน่วยงานของรัฐ ต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานนั้น 4) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 57 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้การทำสัญญาทางปกครอง ให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร เท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดให้กระทำในรูปแบบอื่น โดยให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต้องลงลายมือชื่อด้วยตนเอง หรือโดยวิธีการรับรองลายพิมพ์นิ้วมือ การไม่ทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ และคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันเพื่อยกเว้นการทำตามรูปแบบของสัญญาที่กำหนดไว้ได้

5) การให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม สัญญาทางปกครองที่กระทบสิทธิของบุคคลที่สาม จะมีผลต่อเมื่อบุคคลที่สามนั้นได้ให้ความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตก่อสร้าง ได้อนุญาตให้ทำการก่อสร้างโดยทำเป็นสัญญา โดยยกเว้นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเพื่อนบ้าน สัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อเพื่อนบ้าน ได้ให้ความเห็นชอบ หากยังไม่มีการให้ความเห็นชอบก็ยังไม่ผลบังคับ และหากเพื่อนบ้านไม่ให้ความยินยอม สัญญาย่อมเป็นโมฆะ

6) การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น หลายกรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะออกคำสั่งทางปกครองได้ต่อเมื่อ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร จะออกใบอนุญาตได้ต่อเมื่อได้ตกลงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก่อน เป็นต้น และกฎหมายที่จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามีส่วนร่วมในการออกนิติกรรมทางปกครอง ต้องเป็นกฎหมายในระดับสหพันธ์ หรือมลรัฐ ถ้าเจ้าหน้าที่ปฏิเสธให้ความเห็นชอบ สัญญาจะเป็นโมฆะ

### 2.2.3 ความชอบด้วยกฎหมาย และความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง<sup>6</sup>

สัญญาทางปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งทางเนื้อหา และในทางรูปแบบ

ด้านเนื้อหา ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความมาก่อนของกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง เท่าที่ไม่เป็นการขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่อาจทำสัญญาทางปกครองได้ หากบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการโดยใช้รูปแบบการกระทำอื่น ๆ หากสัญญาทางปกครอง ทำขึ้นโดยขัดกับข้อห้ามในเรื่องแบบของสัญญา ย่อมตกเป็นโมฆะ

ด้านรูปแบบ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาเป็นผู้มีอำนาจ และ ในการทำสัญญาทางปกครอง ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ และสัญญาทางปกครองได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้โดยอำนาจดังกล่าว รวมถึงอำนาจในทางพื้นที่ด้วย

ผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง คือ จะไม่ตกเป็นโมฆะโดยทันที สัญญาทางปกครองจะตกเป็นโมฆะต่อเมื่อมีเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกเป็นโมฆะเท่านั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีอื่น ๆ นอกจากที่กฎหมายกำหนดให้เป็น โมฆะของสัญญาทางปกครอง มิได้ก่อให้เกิดสิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน หรือสิทธิในการบอกเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีผลบังคับได้ และคู่สัญญายังมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา หากคู่สัญญาไม่ทำการชำระหนี้ดังกล่าว อาจให้ศาลปกครองดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้

ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง จะพิจารณาศึกษาเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะ ความเป็นโมฆะบางส่วน การเปลี่ยนสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะ และผลของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะ

เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน จะมีเหตุอย่างเดียวกับในกฎหมายแพ่ง ได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา ความเป็นผู้เยาว์ การแสดงเจตนาซ่อนเร้นหรือแสดงเจตนาอำพราง ความบกพร่องเรื่องแบบของสัญญา การขัดกับข้อห้ามตามกฎหมาย การขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน และความไม่อาจเป็นไปได้ตั้งแต่เริ่มต้น และเฉพาะสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเท่านั้น ถ้าหากนำเนื้อหาของสัญญาในทำนองเดียวกันมาออกคำสั่งทางปกครอง ก็จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะด้วย เช่นไม่

<sup>6</sup>แหล่งเดิม. หน้า 121.

ทราบว่าเป็นหน้าที่ของรัฐแห่งใดเป็นผู้ทำสัญญา หรือการก่อนนิติสัมพันธ์ต้องมีการส่งมอบเอกสาร แต่ไม่ได้มีการส่งมอบเอกสารเช่นว่านั้น หรือทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งทำนอกเหนืออำนาจโดยไม่มี การมอบอำนาจหรือสัญญาที่เรียกหรือให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอันมีโทษอาญา นอกจากนั้น หากสัญญาทางปกครองมีข้อผิดพลาดร้ายแรงเป็นพิเศษ และความบกพร่องดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจน สัญญาทางปกครองนั้นก็จะเป็นโมฆะเช่นกัน

ความเป็นโมฆะบางส่วน ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองที่โมฆะเพียงบางส่วน ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปทั้งหมด ถ้าความเป็นโมฆะนั้นเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองเพียงส่วนหนึ่งส่วนใด สัญญาทางปกครองจะตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ ยกเว้นคู่สัญญาได้ทำการตกลงทำสัญญาโดยให้ส่วนที่ไม่ตกเป็นโมฆะนั้นยังคงมีผล ซึ่งเป็นการยอมรับว่า หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รู้ถึงความเป็นโมฆะบางส่วน หรือคู่กรณีมิได้เห็น ว่าเป็นโมฆะดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ

สัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ อาจได้รับการแก้ไขให้เป็นสัญญาทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายได้ แต่จะแปลงสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะให้เป็นสัญญาทางแพ่งหาไม่ได้ เพราะสัญญาทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่แตกต่างกัน

ผลของความเป็นโมฆะ กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้บัญญัติไว้ชัดเจน จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และกฎหมายแพ่งในการพิจารณา

#### 2.2.4 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง<sup>7</sup>

การสิ้นสุดของสัญญา สัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดได้ 4 สาเหตุ ได้แก่

1) การปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วน การหักกลบลบหนี้ การยกหนี้ และการยกเลิกของคู่สัญญา

2) การขอถอนตัวจากสัญญาทั้งด้วยผลของสัญญาเอง หรือด้วยผลของกฎหมาย

3) การปรับเปลี่ยนสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะถือเอาสัญญาเดิมต่อไปได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้น อาจเรียกร้องให้มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาของสัญญาเท่าที่จะทำได้ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

4) การบอกเลิกสัญญา แม้จะเป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา เพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นต่อส่วนรวม

#### 2.2.5 มาตรการบังคับทางปกครองในสัญญาทางปกครอง ของประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึง

<sup>7</sup>แหล่งเดิม. หน้า 138.

มาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 หรือที่เรียกกันย่อ ๆ ว่า VwVfG โดยในมาตรา 62 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย ตราบเท่าที่มาตรา 54 ถึง มาตรา 61 มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครอง ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>8</sup>

#### 2.2.5.1 การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง<sup>9</sup>

ตามมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน บัญญัติให้มีข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีที่มีการผิดสัญญาได้ โดยคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ จะมีการตกลงให้บังคับตามสัญญาทางปกครองได้ คู่สัญญาต้องมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน หรือเป็นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเท่านั้น

เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายรัฐ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว ต้องมีคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถที่จะประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้ และถ้าหากเจ้าหน้าที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ เจ้าหน้าที่คู่สัญญา จะต้องได้รับอนุญาตให้ทำข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที จากเจ้าหน้าที่ผู้ควบคุม ตรวจสอบเสียก่อน สัญญาจึงจะมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้เข้าเป็นคู่สัญญา จะเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ ก็ไม่จำเป็นต้องมีการอนุญาตดังกล่าว

ในการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับ

#### 2.2.5.2 ขอบเขตการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใด เปิดโอกาสให้คู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐ และฝ่ายเอกชน สามารถตกลงให้มีการบังคับไปตามสัญญาทางปกครองได้ ในทันทีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลปกครอง มีขอบเขตการใช้

<sup>8</sup>มานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 1.

<sup>9</sup>แหล่งเดิม. หน้า 33-41.

บังคับเฉพาะกับสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง

ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ข้อตกลงดังกล่าว ไม่มีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากการตกลงดังกล่าวไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับให้สามารถกระทำได้ (mangels gesetzlicher Grundlage)

### 2.2.5.3 รูปแบบของการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที จะต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ เพราะหลักเกณฑ์เรื่องการทำเป็นหนังสือ นอกจากจะนำมาใช้กับกรณีการทำสัญญาทางปกครองแล้ว ยังจะต้องนำมาใช้กับกรณีของข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง (Vollstreckungstitel) ด้วย แต่อย่างไรก็ดีข้อตกลงให้มีการบังคับทางปกครองดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในตัวสัญญาทางปกครอง แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในเอกสารอื่น เช่น รายงานการประชุม ข้อตกลงนั้นก็จะมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน เพียงแต่ให้ข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ ต้องมีความชัดเจน และแสดงให้เห็นได้ว่า คู่สัญญาได้เจตนาตกลงกันในเรื่องดังกล่าว

### 2.2.5.4 การเป็นตัวแทนของรัฐในการตกลงทำสัญญาทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีนั้น จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่มีความสมบูรณ์ มีความสามารถที่จะไปประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้

นอกจากนี้ ในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ จะมีผลสมบูรณ์ เมื่อการตกลงดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญานี้ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วด้วย เว้นเสียแต่ว่า เป็นการแสดงเจตนาโดยหรือต่อเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ระดับสูงดังกล่าว ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ ของสหพันธ์ หรือมลรัฐ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของมลรัฐ ได้บัญญัติยกเว้นไว้ว่า ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจาก

เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว  
นั้นก่อน

#### 2.2.5.5 กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง

เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาได้ทำการตกลงกันไว้โดยถูกต้อง และสมบูรณ์ ตามที่ได้กล่าวมา  
ในหัวข้อข้างต้นแล้ว กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง อาจแยก  
พิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มีต่อ  
เอกชน ให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ มาใช้บังคับกับกรณีที่  
เจ้าหน้าที่ของรัฐจะบังคับตามสัญญาทางปกครองกับเอกชน โดยกระบวนการจะมีความแตกต่างกัน  
ไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า เป็นสิทธิ  
เรียกร้องประเภทใด เช่น สิทธิเรียกร้องให้เอกชนชำระเงิน (Geldforderung) หรือเป็นสิทธิเรียกร้อง  
ให้เอกชนกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ

1.1 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้เอกชน  
ชำระเงิน ได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีการบังคับทางปกครอง มาใช้  
บังคับโดยอนุโลมนั้น ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ คือ เมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญา  
ทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องมิหนังสือเตือนให้เอกชนชำระภายในระยะเวลาหนึ่งสัปดาห์  
เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เอกชนยังไม่ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสิทธิออกคำ  
บังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของเอกชนออกขายทอดตลาดได้ต่อไป

1.2 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้  
เอกชนกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำ ซึ่งได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตาม  
พระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น มีสาระสำคัญ  
กล่าวคือ ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ จำยอมให้  
กระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครอง  
ให้สามารถบังคับได้ทันที เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีการบังคับทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง  
ดังต่อไปนี้ ในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง คือ

(ก) การจัดการแทน

(ข) ค่าปรับทางปกครอง

(ค) การบังคับทางปกครองโดยตรง

ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ และก่อนที่เจ้าหน้าที่  
ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าว

ข้างต้นนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในกำหนดเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับทางปกครองในทันที เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอาญา หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่นเดียวกับการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อเอกชน การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็มีความแตกต่างขึ้นอยู่กับลักษณะของสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นสิทธิเรียกร้องให้ชำระเงิน หรือสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ

2.1 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงิน เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลปกครองบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินตามสัญญาทางปกครองได้ทันที โดยศาลปกครองจะเป็นผู้กำหนดมาตรการในการบังคับทางปกครอง และขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการบังคับทางปกครองต่อไป สำหรับลักษณะ และวิธีการในการบังคับทางปกครองที่ศาลปกครองเป็นผู้กำหนดนี้ ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องกำหนดให้เป็นไปตามคำร้องของเอกชนก็ได้ แม้ว่าเอกชนจะมีคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้บังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องแห่งสัญญาทางปกครองก็ตาม ศาลปกครองอาจจะกำหนดมาตรการบังคับเป็นอย่างอื่นตามที่ศาลปกครองพิจารณาเห็นว่าถูกต้อง และเหมาะสมได้

ก่อนที่ศาลปกครอง จะดำเนินการกำหนดมาตรการในการบังคับทางปกครอง ศาลปกครอง จะต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะถูกบังคับตามสัญญาทางปกครอง หรือตัวแทนของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวทราบถึงมาตรการบังคับทางปกครอง ที่ศาลปกครองประสงค์จะมาใช้บังคับ ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะต้องสั่งการ หรือเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ปฏิบัติการตามสัญญาทางปกครองภายในระยะเวลาอันสมควร ตามที่ศาลปกครองกำหนดไว้ก่อนด้วย จะต้องไม่เกินหนึ่งเดือน

เมื่อศาลปกครองได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่จะถูกบังคับตามสัญญาทางปกครองทราบ พร้อมทั้งเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนดแล้ว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตาม

สัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจะมีคำวินิจฉัยมากำหนดมาตรการในการบังคับทางปกครอง โดยศาลปกครองเป็นผู้เลือกมาตรการในการบังคับทางปกครอง โดยไม่ผูกพันตามคำร้องของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน เช่นกำหนดว่าจะสมควรให้มีการยึด หรืออายัด และดำเนินการให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เป็นต้น

ทรัพย์สินที่ศาลปกครองจะสั่งยึด หรืออายัด และดำเนินการขายทอดตลาดได้ จะต้องไม่ใช่ทรัพย์สินที่มีความสำคัญ หรือจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือให้บริการสาธารณะ เช่น อาคารของหน่วยงานราชการต่าง ๆ เนื่องจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าวจะมีผลเสียหายต่อการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนโดยทั่วไป หรือเป็นทรัพย์สินที่หากมีการจำหน่ายจ่ายโอนไปแล้วจะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างเช่น ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ สวนสาธารณะ ถนน สะพาน เป็นต้น

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐคัดค้านว่าทรัพย์สินที่จะถูกยึด หรืออายัด และขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลปกครองนั้น เป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญ หรือจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือการให้บริการแก่สาธารณะ หรือเป็นทรัพย์สินที่หากมีการจำหน่ายจ่ายโอนไปแล้ว จะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด โดยก่อนที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยชี้ขาด ศาลปกครองจะต้องรับฟังคำชี้แจง และความคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว หรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบของสหพันธ์ หรือมลรัฐก่อน แต่ศาลปกครองยังคงมีอิสระในการวินิจฉัยโดยไม่ผูกพันตามคำชี้แจง หรือความเห็นของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบดังกล่าวแต่อย่างใด

2.2 การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชน เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ ได้กำหนดให้การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำ เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง เอกชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง ให้บังคับทางปกครองต่อไปได้ โดยศาลปกครองจะสั่งการ หรือเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการ จำยอมให้กระทำ หรือละเว้นกระทำการ พร้อมทั้งแจ้งให้ทราบด้วยว่า หากไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะต้องจ่ายค่าปรับทางปกครอง เป็นจำนวนตามที่ศาลปกครองกำหนด และหากข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า ภายหลังจากที่ได้มีการบังคับให้จ่ายค่าปรับทางปกครองไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เอกชนก็มีสิทธิยื่นคำร้องใหม่ต่อศาลปกครองเพื่อขอให้บังคับทางปกครองได้อีก และศาลปกครองมีอำนาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ

จ่ายค่าปรับทางปกครองได้อีกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ จนกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิบัติกรให้เป็นไปตาม สัญญาทางปกครอง

#### 2.2.5.6 ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมัน

อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgerichtsbarkeit) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีวิวัฒนาการ ยาวนาน โดยเป็นที่นิยมอย่างสูงในทางแพ่ง โดยเฉพาะในวงการธุรกิจ เพราะเป็นวิธีที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย รักษาความลับทางการค้า ทั้งเป็นการลดจำนวนคดีในศาล

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ในกฎหมายวิธี พิจารณาคดีปกครอง ได้บัญญัติรับรองข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้สามารถระงับข้อพิพาทใน สัญญาทางปกครองได้<sup>10</sup>

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องของการกำหนด สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญา เกี่ยวกับข้อพิพาททางกฎหมายก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง อัน เป็นสิทธิ และหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทาง ปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่องข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทางปกครอง ได้แก่

1. คู่สัญญาในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องมีฐานะเท่าเทียมกันเท่านั้น เนื่องจา กการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีฐานะเหนือกว่า เอกชน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งต้องกระทำโดยศาลเท่านั้น

2. ข้อพิพาทที่สามารถระงับได้ด้วยกรอนุญาโตตุลาการ ต้องมิใช่ข้อพิพาทที่เป็นเนื้อหา ของการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง การเพิกถอน คำสั่งทางปกครอง หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่าย ปกครอง คู่กรณีจะตกลงใช้อนุญาโตตุลาการไม่ได้<sup>11</sup> หรือกรณีข้อพิพาทตามสัญญา ที่มีประโยชน์ สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเป็นสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้กำหนดให้ ศาลเป็นผู้วินิจฉัยแต่ผู้เดียว เพราะบริการสาธารณะเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง และเป็นความ รับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าว หาก โอนอำนาจวินิจฉัยไปให้บุคคลอื่นที่มีใช่ฝ่ายปกครอง ก็เท่ากับเป็นการโอนอำนาจในการกำกับดูแล บริการสาธารณะไปให้อนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ประเทศภาคพื้นยุโรป

<sup>10</sup> ในกฎหมายไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 15 บัญญัติว่า "คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการได้ ไม่ว่าสัญญาดังกล่าว จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่"

<sup>11</sup> มานิตซ์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 43.

จึงพัฒนาหลักเอกสิทธิ์ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง ต้องเป็นของฝ่ายปกครอง เท่านั้น และเป็นเอกสิทธิ์ที่สละโดยข้อสัญญาไม่ได้ แม้จะกำหนดไว้ในสัญญา ก็ไม่ผูกพันฝ่ายปกครอง เพราะเป็นการสละอำนาจมหาชนโดยข้อสัญญา เว้นแต่เป็นอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากข้อพิพาททางปกครองดังกล่าว มิได้อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่กรณีดังเช่นในทางแพ่ง<sup>12</sup>

อย่างไรก็ดี ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ที่ไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ ข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวกับค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาอันเป็นเงื่อนไขในการกำหนดค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา และค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นข้อพิพาทที่จะสามารถตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะแต่อย่างใด<sup>13</sup>

### 2.3 ข้อความคึกคักกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทย แตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศต้นแบบกฎหมายมหาชน เช่น ฝรั่งเศส หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในด้านระยะเวลาวิวัฒนาการ

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ปีพุทธศักราช 2471 มีการทำสัญญาระหว่างเจ้าเมือง กับชาวต่างประเทศ ต่อมาในปี พ.ศ. 2467 ได้มีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ถูกเผยแพร่ใช้กับการทำสัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาของทางราชการด้วย

ก่อนปี พ.ศ. 2542 ซึ่งได้มีนิยามของคำว่า "สัญญาทางปกครอง" ไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย มิได้ใช้คำว่า "สัญญาทางปกครอง" แต่ใช้คำว่า "สัญญาของฝ่ายปกครอง"

จนกระทั่งปัจจุบัน มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น ทำให้มีศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม และบัญญัติเขตอำนาจศาลปกครอง ให้พิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะในมาตรา 3 ได้บัญญัติคำว่า

<sup>12</sup>พรพิมล บุญทวีเวช. (2547). ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง. หน้า 84-85.

<sup>13</sup>แหล่งเดิม. หน้า 86-88.

"สัญญาทางปกครอง" เอาไว้ ซึ่งถือเป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองลายลักษณ์อักษร เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย ก็มีเพียงหลักในเรื่องนิยามความหมาย และเรื่องเขตอำนาจศาลเท่านั้น หากได้มีหลักเกณฑ์อื่นที่จะประกอบรวมกันเป็นระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองได้ไม่

จะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการสัญญาทางปกครองของประเทศไทย นับย้อนหลังไปได้เพียง 78 ปีเท่านั้นเอง ในขณะที่ประเทศที่มีวิวัฒนาการยาวนานทางด้านกฎหมายมหาชน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ระบบสัญญาทางปกครอง เริ่มก่อตัวภายหลังปฏิวัติใหญ่ ปี 1789 (พ.ศ. 2332) ซึ่งนับย้อนหลังไปได้ถึง 217 ปี การพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยจึงนับว่ายังช้าอยู่มาก<sup>14</sup> การพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทย จึงต้องอาศัยการศึกษาจากประเทศที่มีวิวัฒนาการทางกฎหมายมหาชนมายาวนาน อย่างประเทศฝรั่งเศส และ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยการวินิจฉัยวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองในเบื้องต้น และการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ในระยะยาว

### 2.3.1 การเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากแนวคิด "สัญญาทางปกครอง" เป็นแนวคิดใหม่ในระบบกฎหมายไทย ก่อนหน้าปี พ.ศ. 2542 แนวคิดการทำสัญญาไม่ว่าของรัฐ หรือเอกชน จึงตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง ซึ่งการจะเกิดเป็นสัญญาได้นั้น ต้องอาศัยการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ คำสนองที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522 กรมทางหลวง โจทก์ ห.จ.ก. สหพัฒนชัยฯ กับพวก จำเลย ประกาศให้ยื่นประกวดราคาของจำเลย เป็นคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอ หนังสือเสนอราคา เป็นคำเสนอ โจทก์รับคำประกวดราคาของจำเลย และแจ้งให้จำเลยไปทำหนังสือสัญญาตามกำหนดในประกาศเรียกประกวดราคา เป็นคำสนอง สัญญาจะเกิดต่อเมื่อโจทก์จำเลยทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่กำหนดในประกาศ จำเลยไม่ไปทำหนังสือสัญญา โจทก์รับมัดจำของประกวดราคา ได้ตามข้อตกลงในการประกวดราคา แต่ยังไม่มีการซื้อขาย จำเลยไม่ต้องใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ซื้อของแพงกว่าราคาที่จำเลยเสนอขายแก่โจทก์

แม้ภายหลังปี พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองถูกตราขึ้น ก็มีได้บัญญัติหลักใด ๆ เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครองเอาไว้ การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง ก็ยังคงใช้หลักตามสัญญาแพ่งเหมือนเดิม ซึ่งก็เป็นไปตาม

<sup>14</sup>บรรศักดิ์ อูวรรณ โฉ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 1 และ 7.

หลักสากล ทั้งในประเทศฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หากแต่คู่สัญญาภาครัฐ อาจถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่บ้าง ภายใต้หลักนิติรัฐ เช่น หลักความเสมอภาค หลักความเป็นธรรม กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไม่อาจจะเลือกคู่สัญญาได้ตามอำเภอใจ หากแต่ต้องให้ความเสมอภาคเป็นธรรมแก่ประชาชนทุกคนในการเสนอราคา และเลือกทำสัญญากับบุคคลที่ให้ราคาต่ำสุด หรือมีคุณสมบัติตรงความต้องการมากที่สุด เป็นต้น

### 2.3.2 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง

สัญญาของฝ่ายปกครองในช่วงก่อนการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทสัญญาของฝ่ายปกครองไว้ชัดเจน แต่อาจพิจารณาได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง อย่างหนึ่ง และสัญญาสัมปทานอีกอย่างหนึ่ง

สัญญาจัดซื้อ ได้แก่การจัดหาทรัพย์สินให้กับทางราชการ ไม่ว่าจะเป็นวิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา หรือวิธีพิเศษ

สัญญาจัดจ้าง ได้แก่การจัดแรงงาน เพื่อการงานของราชการ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างโดยวิธีพิเศษ วิธีตกลง วิธีคัดเลือก หรือวิธีคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด

สัญญาสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นสัมปทานให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาร่วมทุน หรือสัญญาการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของราชการ

สัญญาของฝ่ายปกครองหลังจากมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีความชัดเจนขึ้นมาก โดยในมาตรา 3 ได้ให้คำนิยามไว้ จึงสามารถแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองออกได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่

สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีบริการสาธารณะ สัญญาจัดทำสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

### 2.3.3 มาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง

ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อมีกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็จะมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ๆ ก็จะมีคำพิพากษา คำบังคับ และบังคับคดีไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา ยังได้จัดตั้ง "คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์" ขึ้นมาทำหน้าที่วินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ อันเป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนด้วยเช่นกัน ดังนั้น การนำคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองไปให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณา จึงเป็นทางเลือกอีกทางหนึ่ง ที่คู่สัญญาอาจนำข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และจากนั้น เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการใช้บังคับในปี พ.ศ. 2530 ก็มี

การนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของทางราชการอีกด้วย จนกระทั่งเมื่อประเทศไทยประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการมีศาลปกครองไว้ในมาตรา ๒๗๖ ถึงมาตรา ๒๘๐ ศาลปกครองจึงได้ถือกำเนิดขึ้นเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ก็หาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองในกรณีผิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่

มาตรการบังคับทางปกครองในประเทศไทย ยังคงจำกัดอยู่เฉพาะกรณีการทำละเมิดต่อกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น

พระราชบัญญัติ ภาษีบำรุงท้องที่ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา 45 บัญญัติว่า "ให้เจ้าของที่ดินเสียเงินเพิ่มนอกจากเงินที่ต้องเสียภาษีบำรุงท้องที่ในกรณี และอัตราดังต่อไปนี้"

(1) ไม่ยื่นแบบแสดงรายการที่ดินภายในเวลาที่กำหนด ให้เสียเงินที่เพิ่ม ร้อยละสิบของจำนวนเงินที่ต้องเสียภาษีบำรุงท้องที่.."

ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา 82 บัญญัติว่า "เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษ มีอำนาจดังนี้"

(3) ออกคำสั่งเป็นหนังสือ สั่งปรับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ

ในกฎหมายว่าด้วยการจราจร ได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานมีอำนาจยึดรถ ดังที่พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา 78 วรรคสอง บัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้ขับขี่ หรือควบคุมสัตว์ หลบหนี ไม่แสดงตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สถานที่เกิดเหตุ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นผู้กระทำความผิด และให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจยึดรถคันที่ผู้ขับขี่หลบหนี หรือไม่แสดงตัวไว้ จนกว่าคดีจะถึงที่สุด.."

ในกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต ได้ให้อำนาจนายทะเบียนสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ดังที่พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา 81 บัญญัติว่า "นายทะเบียนมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิต หรือใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต เมื่อปรากฏเหตุว่า ตัวแทนประกันชีวิต หรือนายหน้าประกันชีวิต..."

มาตรการบังคับทางปกครอง ซึ่งเป็นการปฏิบัติการทางปกครองในการเข้าไปรื้อถอนทำลาย หรือขอย้ายทรัพย์สินของเอกชนโดยเอกชนนั้นเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนที่รุนแรงมากมาตรการหนึ่ง และเสี่ยงต่อการโต้แย้งขัดขวางจากเอกชนผู้ถูกบังคับอย่างยิ่ง กฎหมายจึงได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง แต่เฉพาะที่จำเป็นแก่การดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นการริเริ่ม และเพื่อความต่อเนื่องในการจัดทำ และให้บริการสาธารณะ ดังใน

พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ มาตรา 29 บัญญัติว่า "ในการส่ง และการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจ

(3) รื้อถอนโรงเรือน หรือ ทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้น หรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น ตัดกิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในเขตเดินสายไฟฟ้า

ก่อนจะดำเนินการตาม.. (3).. ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องทราบ เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอาจยื่นคำร้องแสดง เหตุที่ไม่สมควรทำเช่นนั้น ไปยังคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับหนังสือแจ้ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด"

และเมื่อปี พ.ศ. 2539 ก็ได้มีกฎหมายกลางในทางปกครอง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 ส่วน 8 ได้บัญญัติเรื่อง การบังคับทางปกครอง เอาไว้ แต่ก็เป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หากใช้การบังคับกรณีพิศัญญาทางปกครองไม่