สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย

โดย

นายสิรวิชญ์ ทีวะกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย

โดย

นายสิรวิชญ์ ทีวะกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Ref. code: 25595601032187GRS

ADMINISTRATION CONTRACTS: A COMPARATIVE STUDY ON EU PUBLIC CONTRACTS, FRENCH AND THAI ADMINISTRATION CONTRACTS

BY

MR. SIRAVICH TEEVAKUL

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

Ref. code: 25595601032187GRS

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นาย สิรวิชญ์ ทีวะกุล

เรื่อง

สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(รองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรัญญู)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ _____
(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(อาจารย์ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์)

คณบดี _____
(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย
ชื่อผู้เขียน	นายสิรวิชญ์ ทีวะกุล
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

ข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาของฝ่ายปกครอง” นั้นมิได้เป็นเอกภาพ ในบางระบบกฎหมายมีการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งมีลักษณะพิเศษต่างหากจากสัญญาของฝ่ายปกครอง อันมีหลักเกณฑ์พิเศษเพื่อสงวนไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ลักษณะเช่นนี้พบในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบของข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ส่วนข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาภาครัฐ” ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น มีขึ้นเพื่อสร้างมาตรฐานกลางเกี่ยวกับการจัดทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองบังคับใช้กับรัฐสมาชิกไม่ว่ารัฐดังกล่าวจะมีข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองหรือไม่ เพื่อให้เกิดการแข่งขันการค้าที่เสรี เป็นธรรม และโปร่งใส ในตลาดร่วมของสัญญาของฝ่ายปกครองภายในสหภาพยุโรป ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างมีนัยยะสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การแก้ไขและการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครอง ไปจนถึงการรับรองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวแม้จะไม่มีผลกระทบกับระบบกฎหมายไทยโดยตรง แต่ก็เป็นตัวอย่างที่ดีในการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อปรับปรุงพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย ซึ่งยังคงมีปัญหาทางทฤษฎีและยังคงไม่มีกฎหมายบังคับใช้เป็นการเฉพาะในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกฎเกณฑ์ในเรื่องของการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง สัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจสอบสัญญาและระบบการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งด้วยวิธีการทางศาลและวิธีการทางเลือก เพื่อให้เกิดการปรับปรุงกฎหมายไทยจนมี

Ref. code: 25595601032187GRS

ประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเป็นสากล สามารถคุ้มครองสิทธิของทั้งคู่สัญญาและบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาไปพร้อมๆกับการรักษาประโยชน์สาธารณะ

คำสำคัญ: สัญญาของฝ่ายปกครอง, สัญญาภาครัฐ, สัญญาทางปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

Thesis Title	ADMINISTRATION CONTRACTS: A COMPARATIVE STUDY ON EU PUBLIC CONTRACTS, FRENCH AND THAI ADMINISTRATION CONTRACTS
Author	Mr. Siravich Teevakul
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Worachet Pakeerut, Ph.D.
Academic Years	2016

ABSTRACT

This Thesis explains a comparative study between French and Thai administration contracts and EU public contracts. The comparative study shows the relationship between a concept of EU public contracts, which is a standard rule for elimination of trade barriers resulting from discriminatory and preferential procurement practices bases on fairness competition and transparency, and concept of French and Thai administration contracts system, which have a concept of administrative contract. According to a research study, the concept of EU public contracts forces significant changes in a concept of French administrative contracts, whether it be rules on conclusion a contract, rules on modification and termination of contracts and rules on a litigation of contracts. Although these changes don't have a direct effect on Thai legal system, the concept of EU public contracts and changes in French administrative contract can be good examples and materials for a reformation of Thai administration contracts system, which must be designed to protect public interest along with rights of contract parties and third parties.

Keywords: Administration contracts, Public contracts, Administrative contracts

Ref. code: 25595601032187GRS

กิตติกรรมประกาศ

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณผู้มีส่วนร่วมให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเป็นรูปธรรม ไม่ว่าท่านเหล่านั้นจะทราบหรือไม่ก็ตาม ซึ่งมีมากมายจนไม่สามารถกล่าวถึงได้หมดทุกท่าน ณ ที่นี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องอันใด ข้าพเจ้าขอน้อมรับความผิดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พอจะมีประโยชน์อยู่บ้าง ข้าพเจ้าขอยกความดีงามทั้งหมดนั้นให้แด่ครูบาอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ข้าพเจ้าในทุกแขนง

นายสิรวิชญ์ ทีวะกุล

Ref. code: 25595601032187GRS

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(4)
สารบัญภาพ	(14)
บทนำ	1
บทที่ 1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาภาครัฐ	6
1.1 ข้อความทั่วไป	6
1.2 ความหมายของสัญญาของรัฐ สัญญาทางมหาชน สัญญาภาครัฐ สัญญาของฝ่ายปกครอง และ สัญญาทางปกครอง	7
1.2.1 ความหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์	8
1.2.2 ความหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	12
1.2.3 ความหมายในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป	14
1.3 ลักษณะของข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง	15
1.3.1 ลักษณะผสมระหว่างกฎหมายเอกชนมหาชนและกฎหมายมหาชนของสัญญาของฝ่ายปกครอง	15
1.3.2 ลักษณะนานาชาติของสัญญาของฝ่ายปกครอง	16
(1) อิทธิพลของระเบียบโลกเกี่ยวกับการจัดหาภาครัฐ	16
(2) อิทธิพลของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ	19
(3) อิทธิพลของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป	21
1.4 ภาพรวมของการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาของฝ่ายปกครอง	24

Ref. code: 25595601032187GRS

1.4.1 การศึกษาเปรียบเทียบนิยามและชนิดของสัญญาของฝ่ายปกครอง 25
1.4.2 การศึกษาเปรียบเทียบวงจรชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครอง 26
1.4.2.1 หลักเกณฑ์ในการเกิดขึ้นและการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง 26
1.4.2.2 หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง 28
(1) กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้(rule applicable) กับสัญญาของฝ่ายปกครอง 29
(2) ที่มาของอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง 29
1.4.2.3 หลักเกณฑ์ในเรื่องของการระงับข้อพิพาท
และการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครอง 30

บทที่ 2 สัญญาภาครัฐ (Public contract) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป 34

2.1 พัฒนาการของ EU Directive ที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ 35
2.2 ขอบเขตการบังคับใช้ของ EU procurement Directives 37
2.2.1 หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กรผู้ทำสัญญา 39
2.2.2 หลักเกณฑ์ในเชิงเนื้อหาของสัญญา 43
2.2.2.1. เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาตาม Directive 2014/24/EU 43
(Public Procurement Directive)
2.2.2.2. เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาตาม Directive 2014/25/EU 49
(Utilities Directive)
2.2.2.3. เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาตาม Directive 2014/23/EU 51
(Concession Directive)
2.3 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญา (Award of contract) 54
2.3.1 การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือโครงการของฝ่ายปกครอง 55
(Specification)
2.3.2 การเลือกใช้วิธีการจัดหา 57
(Choice of Procurement Procedures)
2.3.2.1. วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาแบบดั้งเดิม 57
(Classic Procurement Procedures)
(1) วิธีการเสนอราคาแบบเปิด (Open Procedure) 57
(2) วิธีการเสนอราคาแบบจำกัด (Restricted Procedure) 58
(3) วิธีการต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure) 59
2.3.2.2. วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาแบบใหม่ (New award Procedure) 60
(1) วิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) 60
(2) วิธีการสร้างความร่วมมือทางนวัตกรรม 60
(Innovation Partnership)

Ref. code: 25595601032187GRS

(3) วิธีการกำหนดกรอบการเจรจา (framework agreement) 61
(4) ระบบการจัดซื้อพลวัตร (Dynamic purchasing system) 61
(5) การประกวดราคาด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic auctions) 62
2.3.3 การคัดผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น (Qualification) และ การจัดลำดับบัญชีรายชื่อ (Shortlisting) 62
2.3.4. เกณฑ์ในการคัดเลือกผู้จะได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง (Contract Award Criteria) 66
2.4 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา (Contact Management) 68
2.4.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา (Modification of contract) 69
2.4.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญา (Termination of Contract) 72
2.4.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาช่วง (Sub-contracting) 73
2.5 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย (Review and Remedies) 74
2.5.1 องค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป (Review bodies) 76
2.5.1.1. การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภาครัฐ โดยองค์กรฝ่ายปกครอง (Administrative Phase Control) 77
2.5.1.2. การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภาครัฐ โดยองค์กรตุลาการ (Judicial Phase Control) 78
2.5.2 กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรป (Infringement procedure) 80
2.5.3 การเยียวยาผู้เสียหายตามกระบวนการของ Remedies directives 81
2.5.3.1. การคุ้มครองชั่วคราว (Interim Protection) 83
2.5.3.2. การเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับสัญญา (set aside and annulment of decisions of contracting authorities) 84
2.5.3.3. การกำหนดค่าเสียหาย (actions for damages) 86

บทที่ 3 สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 88

3.1 ความทั่วไป: ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 88

Ref. code: 25595601032187GRS

3.1.1 พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 89
3.1.2 การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครอง 94
(la notion de contrat administratif)
3.1.2.1 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียว 95
ของฝ่ายปกครอง (acte unilatéral) และการกระทำที่ใกล้เคียง
สัญญา
3.1.2.2 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจาก 96
สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน
(1) เกณฑ์ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล: 96
สัญญาทางปกครองโดยสภาพ
(les contrats administrative par de la jurisdictionnel)
(2) เกณฑ์ในกฎหมาย: 110
สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดโดยกฎหมาย
(les contrats administratif par determination de la loi)
3.1.3 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน 113
และสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส
3.1.3.1 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน 113
(1) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนโดยสภาพ 113
(2) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน
จากการกำหนดของกฎหมาย 114
3.1.3.2 ประเภทของสัญญาทางปกครอง 114
(1) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (les marché public) 114
(2) สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ 117
(les délégation de service public)
(3) สัญญาเกี่ยวกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน 117
(les contrats d’occupation du domaine publique)
(4) สัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานปกครอง 117
(les contrat de recrutement d’agents publics)
(5) สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน 117
(contrats de parteneriat)
3.2 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 121
(La passation des contrats d’administration)

Ref. code: 25595601032187GRS

3.2.1 เสรีภาพของฝ่ายปกครองในการกระทำการในรูปแบบสัญญา 121
3.2.2 ข้อจำกัดเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา 123
3.2.2.1 ข้อจำกัดเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครอง (compétence) 123
3.2.2.2 ข้อจำกัดในเรื่องวิธีการเลือกคู่สัญญาและข้อตกลงในสัญญา 125
(le choix du contractant de l'administration)
3.3 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการตามสัญญาและความรับผิดของคู่สัญญา 127
ในสัญญาของฝ่ายปกครอง (L'exécution des contrat d'administratif)
3.3.1 หลักกฎหมายซึ่งอนุโลมจากกฎหมายเอกชน 128
3.3.1.1 หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของการชำระหนี้ 128
(intuitu personae)
3.3.1.2 หลักการผูกพันตามสัญญา (la respect des engagements) 129
3.3.2 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง: เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง 131
3.3.2.1 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกำกับสัญญา 132
(le pilotage administratif du contrat)
(1) อำนาจในการควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Contrôler) 132
(2) อำนาจการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Sanctionner) 133
3.3.2.2 การฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินในสัญญา 134
(Le réablissement de l'équilibre financier du contract)
(1) ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ (théorie de l' imprévision) 135
(2) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง 136
(théorie du fait du prince)
(3) ทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ 137
(théorie des sujétions imprévues)
3.3.2.3 การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครอง 137
(l'adaption du cadre contractuel)
(1) การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยฝ่ายปกครอง 137
ฝ่ายเดียว (le pouvoir de modification unilatérale)
(2) การใช้อำนาจเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว 139
(le pouvoir de résiliation unilatérale)
3.4 สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 141
(la irrégularité des contrats de l'administration)
3.4.1 การปรับใช้เงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง 141
กับสัญญาทางปกครอง
3.4.2 ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง 142
3.4.3 การก่อตัวขึ้นของทฤษฎีสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 153

Ref. code: 25595601032187GRS

3.5 การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 160
(le contentieux des contrats d'administration)
3.5.1 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางศาล 160
3.5.1.1 ความทั่วไป: การแบ่งประเภทคดีปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 161
3.5.1.2 คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส 165
(1) คดีขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา 165
(Le contentieux de la nullité)
(2) คดีขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย 165
ของการกระทำทางปกครองซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญา
(le contentieux de l'annulation ; l'excès de pouvoir)
(3) คดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง 173
และความสมบูรณ์ของมาตรการตามสัญญา
(les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat)
(4) คดีฟ้องเพิกถอนสัญญาโดยผู้ว่าการจังหวัด (déféré préfectoral) 175
หรือโดยผู้แทนของรัฐ (déféré ouverts à l'État)
(5) คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ขัดกับหลักการแข่งขันทางการค้า 177
(le contentieux des pratiques anticoncurrentielles)
(i) คำขอฉุกเฉินในกระบวนการก่อนสัญญา 178
(le référé précontractuel)
(ii) คำขอฉุกเฉินเกี่ยวกับสัญญา 183
(le référé contractuel)
(6) คดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง
(le contentieux de la responsabilté) 184
3.5.2 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือก
(les modes altenatifs de règlement des litiges contractuel) 186

บทที่ 4 สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย 189

4.1 ความทั่วไป: ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง 189
และสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

Ref. code: 25595601032187GRS

4.1.1 พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย 189
4.1.2 การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครอง 194
4.1.2.1 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียว ของฝ่ายปกครอง 194
4.1.2.2 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจาก สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน 197
(1) หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร 198
(2) หลักเกณฑ์ในเชิงเนื้อหา 200
4.1.3 สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายไทย 208
4.2 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย 210
4.2.1 เสรีภาพของฝ่ายปกครองในการกระทำการในรูปแบบสัญญา 211
4.2.2 ข้อจำกัดเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา 212
4.2.2.1 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา เกี่ยวกับการพัสดุ 213
(1) การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ 213
(2) การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ 222
4.2.2.2 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาสัมปทาน และการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ 226
4.2.2.3 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา ด้วยการตรวจร่างสัญญาโดยสำนักงานอัยการสูงสุด 232
4.3 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการตามสัญญาและความรับผิดของคู่สัญญา ในสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย 233
4.3.1 หลักกฎหมายซึ่งอนุโลมจากกฎหมายเอกชน 234
4.3.1.1 หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของการชำระหนี้ (intuitu personae) 234
(1) การทำสัญญารับช่วง 236
(2) การโอนฐานะความเป็นคู่สัญญา 236
4.3.1.2 หลักการผูกพันตามสัญญา 240

Ref. code: 25595601032187GRS

(1) ผลของหลักการผูกพันตามสัญญา 240
(2) การปรับใช้หลักกฎหมายเอกชนกับสัญญาทางปกครอง ในการผูกพันตามสัญญา 243
4.3.2 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง: เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง 252
4.3.2.1 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกำกับสัญญา 252
(1) อำนาจในการควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชน 253
(2) อำนาจการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชน 253
4.3.2.2 การฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินในสัญญา 254
(1) การปรับใช้ทฤษฎีทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ (théorie de l' imprévision) ในระบบกฎหมายไทย 255
(2) การปรับใช้ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) ในระบบกฎหมายไทย 255
(3) การปรับใช้ทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ (théorie des sujétions imprévues) ในระบบกฎหมายไทย 255
4.3.2.3 การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครอง 255
(1) การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว 257
(2) การใช้อำนาจเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว 258
4.4 สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายไทย 258
4.4.1 เหตุที่ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อบกพร่อง 261
4.4.1.1 ความบกพร่องในทางรูปแบบขั้นตอน 261
(1) ความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา 261
(2) ความบกพร่องในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา 265
(3) ความบกพร่องในเรื่องแบบของสัญญา 267
(4) ความบกพร่องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา 268
4.4.1.2 ความบกพร่องในทางเนื้อหา 271
4.4.2 ผลทางกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีความบกพร่อง 272
4.4.2.1 สัญญาของฝ่ายปกครองที่ตกเป็นโมฆะ 273
4.4.2.2 สัญญาของฝ่ายปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ 274
4.4.2.3 สัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ผลผูกพันและสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 275
4.5 การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบไทย 277

Ref. code: 25595601032187GRS

4.5.1 ความทั่วไป: ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง 277
4.5.2 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง 282
4.5.3 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางศาล 283
4.5.3.1 เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 283
(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี 283
(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับคำบังคับ 287
(3) เงื่อนไขอื่นๆ 291
4.5.3.2 ผลของการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง 293
(1) ผลของการฟ้องคดีแพ่ง
เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน 293
(2) ผลของการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับ
กระบวนการทำสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) 293
(3) ผลของการฟ้องคดีที่มีการโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) 293
4.5.4 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือก 294

บทที่ 5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบและระบุสภาพปัญหาในระบบกฎหมายไทย 303

5.1 ข้อพิจารณาทั่วไป 303
5.2 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อความคิดเกี่ยวกับระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง 305
5.3 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง 309
5.4 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง 311
5.5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
และการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาของฝ่ายปกครอง 315
5.6 ข้อสรุป 321

บรรณานุกรม 346

ประวัติผู้เขียน 357

Ref. code: 25595601032187GRS

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
1.1 แสดงความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาภาครัฐและสัญญาของฝ่ายปกครอง	33
2.1 แสดงกฎเกณฑ์ในเรื่องสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป	35
2.2 แสดงตัวอย่างการแก้ไขสัญญาภาครัฐตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป	72
3.1 แสดงระยะเวลายืน (Stanstill Period) ในกระบวนการขอคุ้มครองชั่วคราว	183
4.1 แสดงสภาพบังคับกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ทำตามสัญญาแบบ	225
4.2 แสดงให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่รับคำเสนอแยกออกได้จากสัญญา	270

Ref. code: 25595601032187GRS

บทนำ

“สัญญาของฝ่ายปกครอง” อันเป็นวัตถุการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีความสำคัญต่อระบบกฎหมายปกครอง ในแง่ที่ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบของ “สัญญา” นั้นสามารถสร้างความยืดหยุ่นในการดำเนินงานทางปกครองได้มากกว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ภายใต้ความร่วมมือบนพื้นฐานของสัญญา ฝ่ายปกครองสามารถอาศัยศักยภาพของคู่สัญญาอีกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากร เงินทุน และความรู้ความสามารถจากภายนอกฝ่ายปกครอง โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องลงมือจัดทำบริการสาธารณะเองทั้งหมด สัญญาของฝ่ายปกครองจึงช่วยแบ่งเบาภาระทางการเงินที่ฝ่ายปกครองและรัฐมีอยู่ ความสัมพันธ์ในรูปแบบสัญญายังแสดงถึงความร่วมมือของปัจเจกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินบริการสาธารณะ ทำให้ปัจเจกชนไม่เป็นเพียงแต่วัตถุของการปกครอง แต่เป็นผู้มีส่วนร่วมในการทำบริการสาธารณะและการปกครองตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยและนิติรัฐ

ด้วยสภาพที่สัญญาของฝ่ายปกครองเกี่ยวพันกับบริการสาธารณะสำคัญซึ่งมีลักษณะเป็นโครงการขนาดใหญ่ สัญญาของฝ่ายปกครองจึงมีมูลค่ามหาศาล เกี่ยวพันกับผลประโยชน์ของรัฐและประชากรจำนวนมาก ในทุกระบบกฎหมายจึงต้องมีการจัดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองให้เป็นระบบให้รัดกุม อย่างไรก็ตามข้อความคิดในเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครอง” นั้นมิได้เป็นเอกภาพอันหนึ่งอันเดียวกันในทุกระบบกฎหมาย และยังเป็นข้อความคิดที่ซับซ้อน เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองมีมิติที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นในมิติในทางกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน หรือแม้แต่กฎหมายระหว่างประเทศ

ในบางระบบกฎหมายเลือกยังได้พัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ขึ้นเป็นพิเศษต่างหากจาก“สัญญาของฝ่ายปกครอง” อันทำให้ความยากในการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาของฝ่ายปกครองยากขึ้นอีกระดับ การศึกษาเปรียบเทียบจึงจำเป็นที่จะต้องเข้าใจบริบทของสกุลระบบกฎหมาย ข้อความคิดเรื่องสัญญา และระบบกฎหมายปกครองของระบบกฎหมายนั้นๆ

ตัวอย่างของระบบกฎหมายซึ่งพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง”ขึ้นเป็นพิเศษที่ชัดเจนที่สุดคือระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งได้พัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง”ที่เรียกว่า contrat administratif อันเป็นต้นแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อมา

มากไปกว่านั้นในระดับระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศต่างและกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ต่างมุ่งที่จะขจัดอุปสรรคของการค้าเสรีในตลาดสัญญาของฝ่ายปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดหาภาครัฐ (Public Procurement) และสัมปทานโครงสร้างพื้นฐาน (infrastructure) รัฐสมาชิก ซึ่งในกรณีของสหภาพยุโรปนั้น การขจัดอุปสรรคการค้าเสรีในตลาดของสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นรูปธรรมชัดเจน จนมีการสร้างข้อความคิดเรื่อง “สัญญาภาครัฐ” (Public Contract) เพื่อเป็น “มาตรฐานกลาง” ในการทำสัญญา การคัดเลือกคู่สัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครอง เพื่อประกันการแข่งขันที่เสรี เท่าเทียม และเป็นธรรมในตลาดสัญญาของฝ่ายปกครอง ทำให้ประเทศภาคีสมาชิกจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนระบบสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศของตนให้สอดคล้องกับมาตรฐานกลางดังกล่าว ไม่ว่าประเทศเหล่านั้นจะมีข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพิเศษหรือไม่ การเปลี่ยนแปลงนี้ส่งผลกระทบกับมโนทัศน์เรื่องสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นอย่างยิ่ง

ดังที่ นิธิ เอียวศรีวงศ์ กล่าวไว้ว่า “หากปราศจากคำถาม การวิจัยก็ไม่น่าจะเกิดขึ้น หรืออย่างน้อยการวิจัยที่มีคุณภาพไม่น่าจะเกิดขึ้น[1]” ในวิทยานิพนธ์เรื่อง “ระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย” เล่มนี้ จึงมุ่งที่จะตอบคำถามที่ว่า ระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย นั้นมีข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาภาครัฐอย่างไร และระบบกฎหมายทั้งสามระบบได้มีการส่งผ่านข้อความคิดระหว่างกันมากน้อยเพียงใด กล่าวคืออิทธิพลของสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นได้ส่งผลอย่างไรต่อสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสบ้าง และแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (contrat administratif) ซึ่งมีอิทธิพลอย่างยิ่งกับระบบกฎหมายไทยนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใด สอดรับกับข้อความคิดเรื่องสัญญาภาครัฐหรือไม่และในท้ายที่สุดแล้วสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยมีแนวโน้มจะพัฒนาไปในทิศทางทำนองดังกล่าวหรือไม่ และจะสามารถนำข้อความคิดในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปและระบบกฎหมายฝรั่งเศส มาแก้ปัญหาความบกพร่องในระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่เพียงใด

การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเป็นการศึกษาเปรียบเทียบ “วงจรชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครอง” ตั้งแต่กระบวนการเกิดสัญญา การบริหารสัญญา การสิ้นสุดของสัญญา ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาและระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายสามระบบได้แก่ระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายไทย และจะทำการสรุปวิเคราะห์เปรียบเทียบความเหมือน ความแตกต่าง และความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายสามระบบในบทสุดท้าย

---

[1] นิธิ เอียวศรีวงศ์, “ประวัติศาสตร์และการวิจัยทางประวัติศาสตร์” ใน ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และ สุชาติ สวัสดิ์ศรี (บรรณาธิการ), ปรัชญาประวัติศาสตร์,พิมพ์ครั้งที่สาม, (กรุงเทพ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์), 2527 น. 224

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยผู้เขียนจะใช้วิธีวิเคราะห์เชิงวิภาษวิธีเพื่อตั้งสมมติฐานการศึกษาและหาข้อสรุปของการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้โดยอยู่บนพื้นฐาน บทแย้ง และบทสังเคราะห์ ดังต่อไปนี้

ในส่วนของบนพื้นฐาน (Thesis) ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เริ่มต้นจากการพิจารณาข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่เรียกว่า contrat administratif ว่ามีระบบกฎหมายแยกเป็นอีกหนึ่งสถาบันต่างหากอย่างไร และสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยได้เดินตามแนวระบบกฎหมายฝรั่งเศสหรือไม่อย่างไร มากน้อยเพียงใด

ในส่วนของบทแย้ง (Antithesis) ตั้งอยู่บนการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (public contract) ของสหภาพยุโรป อันเป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งสร้างการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรมในตลาดของสัญญาภาครัฐ และยังเป็นหลักเกณฑ์กลางซึ่งกำหนดให้กฎเกณฑ์การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การบริหารสัญญาของฝ่ายปกครอง การตรวจสอบสัญญาและกระบวนการทำสัญญาของฝ่ายปกครองภายในรัฐภาคีสมาชิกซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยศึกษาว่าแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปนั้นได้ส่งผลอะไรต่อข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่เรียกว่า contrat administratif หรือไม่อย่างไร และการเปลี่ยนแปลงของระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เกิดขึ้นนั้นจะส่งผลอะไรต่อระบบกฎหมายไทยหรือไม่ หากสมมติฐานที่ว่าสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นได้เดินตามแนวระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นจริง

การพิจารณาบทพื้นฐานและบทแย้งร่วมกันจะไปสู่บทสังเคราะห์ (Synthesis) ซึ่งเป็นจะข้อสรุปของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าแท้จริงแล้วสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยยังคงมีช่องว่างอยู่ในจุดไหน มีปัญหาอย่างไร และจะสามารถนำเรื่องใดของแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปหรือข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเปลี่ยนแปลงไปด้วยอิทธิพลของสหภาพยุโรป มาปรับใช้ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยได้อย่างไรบ้าง

การศึกษาจะทำด้วยวิธีการสำรวจเอกสาร ซึ่งในภาษาไทยได้แก่ ตำรากฎหมาย บทความในวารสารกฎหมายต่างๆ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ในส่วนของภาษาประเทศนั้น เนื่องจากมีข้อจำกัดด้านภาษาของประเทศในยุโรป ผู้เขียนจึงได้ใช้เอกสารในภาษาฝรั่งเศส ภาษาอังกฤษ และภาษาเยอรมันเป็นหลัก ประกอบไปด้วย ตัวบทกฎหมาย ตำรากฎหมาย บทความในวารสารกฎหมายต่างๆ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองสูงสุด และคำพิพากษาศาลภายในรัฐอื่นๆ

ในแง่ของสถานะความรู้เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาแวดวงวรรณกรรมกฎหมายแล้ว การศึกษาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองยังนับว่ามีน้อยเมื่อเทียบกับข้อความคิดอื่นๆ และยิ่งน้อยลงไปอีกในกรณีของการศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอื่นๆนอกจากระบบ

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายฝรั่งเศส เช่นในระบบกฎหมายอังกฤษหรือระบบกฎหมายเยอรมัน ส่วนใหญ่แล้วคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น มักจะอยู่ในส่วนของการกระทำของฝ่ายปกครองในตำรากฎหมายปกครองทั่วไป มีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่เป็นตำราเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของรัฐโดยตรง ในกรณีของบทความวิชาการและงานวิจัยนั้น ปรากฏงานเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ไม่น้อย เกี่ยวข้องทั้งในแง่ของการนิยามสัญญาทางปกครอง การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน การอธิบายระบบการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา ไปจนถึงคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษ

เมื่อทบทวนวิทยานิพนธ์ในประเทศไทย พบว่ามีการศึกษาเกี่ยวกับระบบของฝ่ายปกครองอยู่จำนวนหนึ่งในเรื่องแง่มุมต่างๆของสัญญาทางปกครอง โดยนิยมเปรียบเทียบกับกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน อย่างไรก็ตามจากการสำรวจของผู้เขียน ในปัจจุบันยังไม่มีงานชิ้นใดที่อธิบายระบบสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป อาจเนื่องมาจากสาเหตุที่กฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปนั้นมีลักษณะเป็นพลวัต มีรายละเอียดสูงและแก้ไขบ่อยครั้ง ผู้เขียนจึงคิดว่าเป็นโอกาสอันดีที่ผู้เขียนจะนำเสนอข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปไว้ในงานชิ้นนี้

ในบทที่หนึ่ง จะเป็นการกล่าวถึงข้อความทั่วไป โดยเริ่มจากศึกษาความหมายของถ้อยคำ (terminology) ของสัญญาของรัฐ สัญญาทางมหาชน สัญญาภาครัฐ สัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายต่างๆ ลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในรัฐและนอกรัฐ ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นถึงอิทธิพลต่างๆในระดับระหว่างประเทศที่มีต่อสัญญาของฝ่ายปกครองและภาพรวมของการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาของฝ่ายปกครอง

จากนั้นในบทที่สอง จะเป็นการศึกษา “สัญญาภาครัฐ” (Public contract) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ตั้งแต่พัฒนาการของ EU Directive ที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ ขอบเขตการบังคับใช้ของ EU Procurement Directives กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญา ซึ่งได้แก่ การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของโครงการหรือพัสดุ (Specification) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการจัดหา (Choice of Procurement Procedures) การคัดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ยื่นข้อเสนอ (Qualification) การจัดลำดับบัญชีรายชื่อ (Shortlisting) และเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้จะได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง (Contract Award Criteria) หลังจากนั้นจึงศึกษากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา (Contact Management) ไม่ว่าจะเป็น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา (Modification of contract) การเลิกสัญญา (Termination of Contract) และการทำสัญญารับช่วง (Sub-contracting) ในส่วนสุดท้ายของบทจะทำการศึกษากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย (Review and Remedies) ตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป

ในบทที่สาม จะเป็นการศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งแบ่งแยกย่อยเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง (Contrat administratif) โดยจะศึกษาตั้งแต่พัฒนาการ การให้ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบ

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งรวมถึงทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองและทฤษฎีความไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ไปจนถึงการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง

ในบทที่สี่ จะเป็นการศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย ซึ่งแบ่งแยกย่อยเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่การศึกษาในบทนี้จะแสดงให้เห็นถึงข้อความคิดในระบบกฎหมายไทยทั้งที่ได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศสและที่แตกต่างกับฝรั่งเศส โดยจะศึกษาตั้งแต่พัฒนาการและการให้ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบไทย กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ความคลุมเครือของข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายไทย ไปจนถึงระบบการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งด้วยวิธีการทางศาลและวิธีการทางเลือก

ในบทที่ห้า จะเป็นการสรุปการศึกษาเปรียบเทียบในรูปแบบของบทวิเคราะห์เปรียบเทียบและระบุสภาพปัญหาในระบบกฎหมายไทย ในประเด็นของข้อความคิดเกี่ยวกับระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง และข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาของฝ่ายปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

บทที่ 1
ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาภาครัฐ

1.1 ข้อความทั่วไป

นอกจากการภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐซึ่งถือเป็นภารกิจดั้งเดิมของรัฐแล้ว ปัจจุบันรัฐยังมีภารกิจที่ซับซ้อนขึ้นตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป จนรัฐไม่อาจแบกรับต้นทุนของบริการสาธารณะทั้งหมดไว้แต่เพียงผู้เดียว ทำให้ฝ่ายปกครองต้องมี “เครื่องมือ” ที่ใช้ในการปฏิบัติภารกิจที่หลากหลายและสร้างความคล่องตัวในการบริหารงานด้านปกครอง และเปิดโอกาสให้ปัจเจกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น การใช้ “สัญญา” เข้ามาเป็นเครื่องมือในการบริหารงานด้านปกครองด้วยการสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับปัจเจกชน จึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมวิธีหนึ่ง ซึ่งแสดงออกถึงการมีส่วนร่วมของปัจเจกชนในการจัดทำบริการสาธารณะพร้อมๆไปกับการแบ่งเบาภาระทางการคลังของรัฐ และถือเป็นปรากฏการณ์สากล (universal phenomenon)

[1] ซึ่งเกิดขึ้นไม่ว่ารัฐนั้นจะมีการปกครองในรูปแบบใดหรือสังกัดสกุลกฎหมายใด ซึ่งควรค่าแก่การศึกษาเปรียบเทียบเป็นอย่างยิ่ง

มโนทัศน์ทางกฎหมายว่าด้วย “สัญญา” เป็นมโนทัศน์ทางกฎหมายที่สำคัญที่สุดของระบบกฎหมายทุกระบบ[2] และมีพัฒนาการที่ยาวนาน ระบบกฎหมายสัญญานั้นสถิตอยู่ในใจกลางของสังคม ในฐานะหัวใจของการดำเนินธุรกิจการค้าและเศรษฐกิจ เนื่องจากมโนทัศน์ทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาทำให้เอกชนสามารถสร้างกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันระหว่างกันได้เองโดยมีกฎหมายคุ้มครองรับรองสิทธิในการทำสัญญาและบังคับให้เป็นไปตามสัญญา อย่างไรก็ตามมโนทัศน์ทางกฎหมายว่าด้วยสัญญานั้นมิได้มีความเป็นเอกภาพเป็นอันหนึ่งเดียวกันทั้งหมด หากแต่มีพัฒนาการและรายละเอียดที่ซับซ้อนแตกต่างไปตามภูมิภาคและสกุลกฎหมาย ความยากนี้เองส่งผ่านมาถึงการศึกษาเปรียบเทียบมโนทัศน์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะปัญหาในแง่ของการใช้คำ (terminology) ที่แตกต่างกันในสาระสำคัญของแต่ละสกุลกฎหมายอีกด้วย

คำว่า “Public contract” เป็นคำที่มีปัญหาในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบมากที่สุดคำหนึ่ง ด้วยความแตกต่างของระบบกฎหมายทำให้การแปลคำว่า Public contract จากภาษาต่างๆให้เกิดความเข้าใจตรงกันนั้นทำได้ยาก ในระบบกฎหมายไทยเองก็มีการใช้คำที่หลากหลายไม่ว่าจะเป็น “สัญญาของรัฐ” “สัญญาภาครัฐ” “สัญญาในทางมหาชน” “สัญญาของฝ่ายปกครอง” “สัญญาในการกระทำของฝ่ายปกครอง” ไปจนถึง“สัญญาทางปกครอง” ดังนั้นเพื่อระบุวัตถุของ

---

[1] George Langrod, “Admistrative Contracts: A Comparative Study,” The American Journal of Comparative Law, Vol.4, no.3, p.325 (Summer, 1955).

[2] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร, 2554) , น.281.

Ref. code: 25595601032187GRS

การศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ชัดเจน จึงจำเป็นที่จะต้องขจัดความพร่าเลือนในการใช้ภาษาและสร้างความกระจ่างในแง่ของการใช้คำเสียก่อน

1.2 ความหมายของสัญญาของรัฐ สัญญาทางมหาชน สัญญาภาครัฐ สัญญาของฝ่ายปกครอง และ สัญญาทางปกครอง

คำว่า “สัญญาของรัฐ” (contrat d’État) นั้นมีความหมายที่กว้าง ด้วยความที่ “รัฐ” นั้นเป็นสถาบันในทางกฎหมายมหาชนที่ถูกสมมติขึ้น มิได้มีชีวิตจิตใจเช่นปุถุชนในความเป็นจริง รัฐจึงไม่อาจแสดงเจตจำนงหรือใช้อำนาจอธิปไตยได้ด้วยตนเอง การใช้อำนาจรัฐจึงต้องดำเนินการผ่านทางองค์กรต่างๆของรัฐอันได้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และองค์กรอื่นๆ ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ ดังนั้นเพื่อที่จะแยกการกระทำของรัฐออกจากการกระทำส่วนตัวของบุคคลธรรมดาผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ รัฐจึงจำต้องถูกกำหนดให้มีสถานะทางกฎหมาย เพื่ออธิบายความมีอยู่ในทางกฎหมาย (existence juridique) รวมทั้งความสามารถทางกฎหมาย (capicité juridique) ในการใช้อำนาจทั้งหลายของรัฐ[3] “ความเป็นนิติบุคคลของรัฐ” จึงถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อให้รัฐสามารถกระทำการต่างๆในทางกฎหมายในลักษณะถาวรและแยกออกต่างหากจากผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา การใช้อำนาจดังกล่าวในนามของรัฐถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยเจตจำนงแห่งรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลไม่ใช่เจตจำนงของบุคคลธรรมดาที่ใช้อำนาจนั้นๆ

ความเป็นนิติบุคคลของรัฐนี้เอง ส่งผลให้รัฐมีความสามารถทางกฎหมายในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่างๆ และสามารถเป็นคู่สัญญาในสัญญาประเภทต่างๆ[4] รัฐจึงสามารถผูกพันกับกฎเกณฑ์หรือข้อตกลงบางอย่างที่เกิดจากเจตจำนงของรัฐเอง ตั้งแต่การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในองค์การระหว่างประเทศ การลงนามในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่เป็นคู่สัญญากับ

---

[3] Philippe Ardant และ Bertrand Mathieu, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 26ème edition, (Paris: LGDJ, 2014) อ้างใน ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559).

[4] อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายไทยนั้น รัฐถือเป็นนิติบุคคลในทางระหว่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาจากมุมมองของกฎหมายภายในแล้ว รัฐกลับไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และไม่มีอำนาจทำสัญญาในนามของตน ในระบบกฎหมายไทยสถานะความเป็นนิติบุคคลกลับไปอยู่ที่ส่วนราชการต่างๆ โดยถือว่าส่วนราชการนั้นเป็นคู่สัญญา โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, “โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ” โครงการเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ,(สิงหาคม 2547).

Ref. code: 25595601032187GRS

เอกชน ในทางกลับกันเมื่อรัฐมีสถานะเป็นบุคคลย่อมต้องมีความรับผิดทางกฎหมายได้เฉกเช่นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลประเภทอื่นๆ

"สัญญาของรัฐ" จึงมีความหมายอย่างกว้างที่สุดคือการกระทำในเชิง "สัญญา" ทุกประเภทซึ่งได้จัดทำขึ้นในนามของรัฐหรือองค์กรของรัฐ ตั้งแต่สนธิสัญญาระหว่างประเทศ สัญญาในทางรัฐธรรมนูญ ไปจนถึงสัญญาตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งมีรัฐหรือองค์กรของรัฐเป็นคู่สัญญา[5]

ส่วนคำว่า "สัญญาภาครัฐ" "สัญญาทางมหาชน" หรือ "สัญญาในระบบกฎหมายมหาชน" นั้นเป็นคำที่ไม่ได้มีนิยามที่เข้าใจตรงกันในทุกระบบกฎหมาย ในเชิงของศัพท์บัญญัติ (terminology) นั้น คำว่า "สัญญาภาครัฐ" (contrat public; public contract) นั้นมีความหมายกว้างแคบแตกต่างไปในแต่ละสกุลกฎหมาย ดังนี้

1.2.1 ความหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ในประเทศที่อยู่ในสกุลระบบกฎหมายซีวิลลอว์ การใช้คำว่า Public contract นั้นจะมีนัยยะในการแบ่งแยกสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งมีความหมายได้ในสองนัย กล่าวคืออาจตรงกับคำว่า "สัญญาในระบบกฎหมายมหาชน[6]" (contrat de droit public) หรือ อาจมีความหมายว่าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนก็ได้ในทำนองเดียวกับคำว่า "สัญญาของฝ่ายปกครอง" (contrat de l'administration) ซึ่งมีความหมายรวมถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาทุกชนิด ไม่

---

[5] อย่างไรก็ตาม จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้เคยให้นิยามของสัญญาของรัฐไว้ว่า "สัญญาของรัฐ คือ สัญญาที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรมหาชน ทำกับภาคเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีฐานะเท่าเทียมกัน โดยอาจฟ้องถูกฟ้องในศาลได้เช่นกัน" ใน จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554) น.9 ซึ่งด้วยความเคารพผู้เขียนมีความเห็นว่านิยามดังกล่าวนั้นแคบเกินไป และตรงกับคำว่า "สัญญาของหน่วยงานของรัฐ" มากกว่า ดังที่เห็นได้ว่า จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้ใช้คำว่า "สัญญาของรัฐ" ในงานชิ้นนี้ทั้งเล่ม ในแง่ที่มีความหมายรวมทั้งสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

[6] สัญญาในระบบกฎหมายมหาชน นั้นมีความหมายอย่างกว้างหมายถึง สัญญาทุกชนิดที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายมหาชน ดังเช่น ที่ระบบกฎหมายเยอรมันได้แยก "สัญญาทางมหาชน" ในความหมายอย่างกว้างที่สุด ออกเป็นสี่ประเภท คือ 1) สัญญาระหว่างประเทศ (volkerrechtlicher Vertrag) 2) สัญญาทางกฎหมายศาสนจักร (kichenrechtlicher Vertrag) 3) สัญญาทางรัฐธรรมนูญ (verfassungsrechtlicher Vertrag) และ 4) สัญญาทางปกครองในความหมายของระบบกฎหมายเยอรมัน (verwaltungsrechtlicher Vertrag) โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "แนวคิดและการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง" วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ปีที่ 6, ฉบับที่ 1, น.150 (เมษายน – กันยายน 2550). หรือตัวอย่างที่ในระบบกฎหมายออสเตรียที่ปรากฏสัญญาระหว่างรัฐกับมลรัฐ ที่เรียกว่า Gliedstaatsvertrag ซึ่งมีความหมายเป็นสัญญาของรัฐอย่างหนึ่ง สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส เองก็มีการใช้คำว่า "contrat de droit public" ในความหมายทำนองกว้างดังกล่าวเช่นกัน เป็นต้น

Ref. code: 25595601032187GRS

ว่าจะเป็น “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน”[7] หรือ “สัญญาทางปกครอง” (Administrative contract) ก็ตาม การใช้คำว่า Public contract จึงมักไม่เป็นที่นิยม เนื่องจากเป็นคำที่อาจสร้างความสับสนระหว่างความหมายสองนัยยะดังกล่าว

พึงเข้าใจในเบื้องต้นว่า มโนทัศน์ (concept) ว่าด้วย “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งปรากฏในประเทศที่สังกัดอยู่ในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์นั้นก็ไม่ได้มีความหมายเป็นเอกภาพเช่นกัน[8] กล่าวคือแม้ประเทศต่างๆในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์จะมีมโนทัศน์ว่าด้วย “สัญญาทางปกครอง” ตามคำแปลภาษาไทยเหมือนกัน ก็ไม่ได้หมายความว่าเนื้อหาหรือโครงสร้างภายในมโนทัศน์ว่าด้วย “สัญญาทางปกครอง” ในประเทศนั้นๆจะต้องเหมือนกันไปด้วย[9]

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาสมัยใหม่ในภูมิภาคยุโรปนั้นก่อตัวขึ้นในระบบกฎหมายเอกชนในช่วงท้ายของศตวรรษที่ 18 ในฐานะของนิติกรรมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งในขณะนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจะถือเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวทั้งหมด ฝ่ายปกครองเพิ่งเริ่มใช้การกระทำในลักษณะของสัญญามากขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยถือว่า หากฝ่ายปกครองเลือกที่จะทำสัญญากับเอกชนเท่ากับเป็นการที่ฝ่ายปกครองกระทำการในฐานะเท่าเทียมกับเอกชนทุกประการ[10] แนวความคิดนี้ยังตกทอดมาถึงหลายประเทศในปัจจุบัน เช่น ในประเทศอิตาลี เยอรมัน ออสเตรีย เดนมาร์ก แม้ประเทศเหล่านั้นจะมีศาลปกครองหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตามข้อความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับในกลุ่มประเทศที่พัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาเป็นพิเศษ โดยเฉพาะในระบบกฎหมาย

---

[7] หรือที่นิยมเรียกกันว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” อย่างไรก็ตามในบางระบบกฎหมายนั้นมีการแยก “สัญญาทางแพ่ง”(civil contract) และ “สัญญาทางพาณิชย์” (commercial contract) ออกจากกัน การใช้คำว่าสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน จึงครอบคลุมมากกว่า โปรดดู Julio Cueto-Rua, “Administrative, Civil and Commercial Contracts in Latin-American Law,” Fordham Law Review, Volume 26, Issue 1, Article 2, p.22 (1957).

[8] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2, น.283.

[9] ยกตัวอย่างเช่น *contrat administratif* ของฝรั่งเศสย่อมไม่เหมือนกับ “สัญญาทางปกครอง” ของไทย หรือ *contrato administrato* ของสเปน โปรตุเกส บราซิล ในรายละเอียดทุกประการเสียทีเดียว แต่มีลักษณะร่วมกันบางอย่าง แต่กลับแตกต่างจาก *verwaltungsrechtlicher Vertrag* ของเยอรมันหรือออสเตรียอย่างสิ้นเชิง ดังนั้นสัญญาที่มีเนื้อหาเหมือนกัน อาจเป็น “สัญญาทางปกครอง” ในระบบกฎหมายหนึ่ง แต่อาจเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งในอีกระบบกฎหมายหนึ่ง หรืออาจเป็นสิ่งที่ไม่มีหรือไม่เคยเกิดขึ้น หรือเป็นมโนทัศน์คนละเรื่องในอีกระบบกฎหมายหนึ่งเลยก็ได้ ซึ่งส่งผลต่อความยากในการศึกษาเปรียบเทียบการแยกแยะประเภทของสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งเป็นอย่างมาก

[10] Michel Fromont, “l’évolution du droit des contrats de l’administration-Différences théoriques et convergences de fait” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.265.

Ref. code: 25595601032187GRS

ฝรั่งเศส ซึ่งเกิดจากบริบททางประวัติศาสตร์ภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในเรื่องการแยกระบบกฎหมายปกครองออกจากระบบกฎหมายเอกชน จนเกิดข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ซึ่งคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยถือว่าฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษหลายประการเพื่อดำรงไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นระบบพิเศษที่แยกต่างหากจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งประเทศที่รับแนวความคิดเช่นนี้ได้แก่ เบลเยียม[11] กรีซตั้งแต่ปี 1983 เป็นต้นมา[12] สเปน[13] โปรตุเกส[14] และประเทศที่เคยอยู่ในอาณานิคมของฝรั่งเศส สเปน หรือโปรตุเกส เช่น บราซิล โคลอมเบีย ตูนีเซีย นอกจากนั้นยังส่งผลต่อแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองประเทศอื่นๆ เช่น ตุรกี[15] ไทย อียิปต์ และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ก่อนที่หลายประเทศจะพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในแนวทางของตนเองแยกต่างหากจากฝรั่งเศสต่อไป

ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันยังคงยืนอยู่บนหลักการที่ว่าเมื่อเป็นสัญญาแล้วคู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับเอกชนทุกประการ และเลือกที่จะพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญามหาชนในความหมายอย่างแคบ” ที่เรียกว่า *öffentlich-rechtlicher Vertrag*[16] ใน

---

[11] อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายเบลเยียม แม้จะมีสภาแห่งรัฐทำหน้าที่เป็นศาลปกครอง แต่ศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทุกประเภท แม้จะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ตาม โปรดดู Philippe Flamme, “Belgique/Belgium” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.405.

[12] ซึ่งเป็นปีที่คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายกรีซ (διοικητική σύμβαση) ได้ถูกสถาปนาขึ้นในคณะตุลาการคดีปกครอง

[13] อิทธิพลของกฎหมายสเปนส่งผลต่อประเทศในกลุ่มละตินอเมริกันอีกจำนวนมากในเรื่องของสัญญาทางปกครอง ได้แก่ อุรุกวัย ชิลี โคลอมเบีย คิวบา แมกซิโก อาร์เจนตินา โบลีเวีย โปรดดู George Lanrod, *supra note* 1, p. 348.

[14] George Langrod, *supra note* 1, p.347 อย่างไรก็ดีสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายโปรตุเกสเริ่มมีพัฒนาออกห่างจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมากขึ้น ข้อมูลเพิ่มเติมในเชิงลึก โปรดดู Mafalda Ferreira, “Portugal” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.788 ปัจจุบันโปรตุเกสมีประมวลกฎหมายสัญญาภาครัฐ (Código dos Contratos Público) ซึ่งรับอิทธิพลจากสหภาพยุโรปโดยตรง ทำให้โปรตุเกสมีทั้งข้อความคิดเรื่อง “สัญญาภาครัฐ" และ "สัญญาทางปกครอง" เหลื่อมกันอยู่ ซึ่งเป็นมโนทัศน์คนละเรื่องกัน

[15] ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในตุรกีเรียกว่า “idari sözleşmelerin” โปรดดู ดนัย ศรีโมรา, “สัญญาทางปกครองของประเทศตุรกี” (สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2547) น.3.

[16] รายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน โปรดดู เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาล

Ref. code: 25595601032187GRS

ฐานะที่เป็นเครื่องมือในการแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของการใช้คำสั่งทางปกครอง โดยมีนิยามที่แตกต่างไปจาก *contrat administratif* อย่างสิ้นเชิง ทำให้ *öffentlich-rechtlicher Vertrag* มีที่ใช้ในบางกรณีเท่านั้น และสัญญาทั่วไปที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนก็ยังคงเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนอยู่ โดยถือเป็นการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ที่เรียกว่า *Verwaltungsprivatrecht* ซึ่งแนวคิดนี้มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน ได้แก่ ออสเตรีย สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และ โปแลนด์[17] และประเทศอื่นๆใกล้เคียง เช่น เช็กเกีย และ สโลวาเกีย[18]

นอกจากนั้นยังมีกลุ่มประเทศในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของตนขึ้นเป็นพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสหรือเยอรมันในสาระสำคัญ เช่น ประเทศเอสโตเนีย[19] ฟินแลนด์[20] เป็นต้น

ปกครองภูมิภาคครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ, สำนักงานวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545) วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 2, น. 262-276 (มิถุนายน 2542). และ Matthias Herdegen, “The Legal Regime for Administrative Contracts under German Law,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 17 ตอนที่ 3 น.1-13.

[17] Michel Fromont, *supra note* 10, p.265.

[18] Gerorge Lanrod, *supra note* 1, p.348.

[19] สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเอสโตเนีย (*haldusleping*) หมายถึง “สัญญาซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง” ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีปฏิบัติรัฐการทางปกครอง (Haldusmenetluse seadus) และกฎหมายความร่วมมือทางปกครอง (Halduskoostöö seadus) โดยศาลสูงสุดได้วางหลักเพิ่มเติมในการพิจารณาสัญญาทางปกครองว่า หากมีการถ่ายโอนอำนาจมหาชนหรือมีการก่อตั้งสิทธิทางมหาชนแก่บุคคลที่สาม ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครอง โปรดดู Carri Ginter, “Estonie/Estonia” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) pp. 599-600 แม้นิยามจะมีความคล้ายคลึงกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่มีลักษณะภายในที่แตกต่างกันมาก

[20] สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฟินแลนด์ (*Hallintosopimus*) มีนิยามในมาตรา 3 (1) ของรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติรัฐการทางปกครอง (APA) ปี 2003 ว่า เป็นสัญญาซึ่งทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในเรื่องการดำเนินภารกิจสาธารณะ (performance of a public administrative task) หรือเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (relating to the exercise of public authority) โปรดดู Olli Mäenpää, “Finlande/Finland” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.661

Ref. code: 25595601032187GRS

การแบ่งแยกสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครองออกจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสกุลซีวิลลอว์นั้นมีความสำคัญทั้งในแง่ของศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีในประเทศที่มีการจัดตั้งศาลในระบบศาลคู่ ซึ่งส่งผลต่อระบบการพิสูจน์พยานหลักฐานและกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้กับคดี อย่างไรก็ตามแต่ละประเทศอาจมีระบบที่แตกต่างกันไปตามพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และบริบททางสังคมของตน

1.2.2 ความหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศที่สังกัดสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ นั้นไม่มีแนวคิดในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน[21] การใช้คำว่า“public contract” จึงมีความหมายในเชิงพรรณนา (descriptive value) เท่านั้นในลักษณะของการพรรณนาสัญญาทุกชนิดที่ทำโดยภาครัฐ[22] ทำให้ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีการแบ่งแยกข้อความคิดเรื่องสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนเป็นพิเศษ สัญญาทุกชนิดจึงล้วนตกอยู่ภายใต้ *คอมมอนลอว์* ทั้งหมด ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” นั้นไม่ปรากฏในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หากแต่ปรากฏมโนทัศน์เกี่ยวกับ “สัญญาของฝ่ายปกครอง” “สัญญาของรัฐบาล” (Government contract) หรือ “สัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” (Contract in public action) เท่านั้น ลักษณะเช่นนี้พบในสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แคนาดา ไอร์แลนด์ เครือรัฐออสเตรเลีย และ อินเดีย รวมถึงประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายผสมอย่าง สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ถึงแม้ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน แต่ก็มีกฎเกณฑ์พิเศษบางอย่างที่ใช้เฉพาะกับ สัญญาที่ทำขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ (Public bodies) เช่นกัน อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้เป็นกฎหมายเคร่งครัด (not a strict law) แต่เพียงเป็น แนวปฏิบัติ (guidance and communications) จากกระทรวงการคลัง ซึ่งมีเพียงผลในทางปฏิบัติ (de facto) ต่อการทำสัญญา สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ได้แตกต่างไปจากสัญญาปกติของเอกชน และไม่ปรากฏรูปแบบของสัญญาทางปกครอง (administrative contracts) แบบประเทศในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์[23] โดยถือว่า

---

[21] ซึ่งเป็นอิทธิพลจากแนวคิดของ *Albert Venn Dicey* (1835-1922) ที่ว่า หัวใจสำคัญของหลักนิติธรรมคือหลักประกันว่าคนทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือเอกชน ประชาชนทั่วไปหรือข้าราชการ ย่อมตกอยู่ภายใต้ *คอมมอนลอว์* เสมอกันและคดีทุกประเภทย่อมต้องขึ้นศาลยุติธรรมเช่นเดียวกัน ไม่มีการจำแนกเป็นกฎหมายปกครองหรือกฎหมายเอกชน ดู ณรงค์เดช สรุโฆษิต, การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพฯ :วิญญูชน 2553) น.5.

[22] Michel Fromont, *supra note* 10, p.264.

[23] Paul Craig, “angleterre et pays de galles/ England and Wales”,Droit comparé des Contrats Publics(Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant,2010) p.340.

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาซึ่งทำขึ้นโดยหน่วยงานทางปกครองในฐานะผู้แทนของ *ราชบัลลังก์* (Crown)[24] หรือโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมอยู่ภายใต้หลักการเดียวกับเอกชนทั่วไป ทำให้ฝ่ายปกครองย่อมมีอิสระในการทำสัญญาทำนองเดียวกับเอกชน[25] บนรากฐานของหลักสุจริต โดยหลักฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเลิกสัญญาโดยปราศจากความยินยอมของเอกชน แต่อาจมีอำนาจดังกล่าวจากการกำหนดในข้อสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครอง (Model Contract Terms and Conditions) ซึ่งกำหนดโดย สำนักงานพาณิชย์ภาครัฐ (Office of Government Commerce)

ส่วนระบบกฎหมายอเมริกานั้นไม่ได้มีการปรับใช้ *คอมมอนลอว์* กับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด หากแต่มีการใช้กฎหมายเฉพาะมาควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่นในเรื่องของการเข้าทำสัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องทำตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรสองฉบับหลัก คือ The Armed Services Procurement Act (ASPA) 1948 และ The Federal Property and Administrative Services Act (FPASA) 1949 ซึ่งกำหนดระบบการทำสัญญาที่เคารพความโปร่งใสและการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม ในส่วนของการปฏิบัติตามสัญญา การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะเป็นไปตามหลักที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้วางไว้[26] ในปี 1875 ในเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครองเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยจะต้องชดใช้ค่าทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองยังเป็นไปตามข้อสัญญา

---

[24] รายละเอียดเกี่ยวกับการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง และราชบัลลังก์ (Crown) ในระบบกฎหมายอังกฤษ โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ”,วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 6 ตอนที่ 8 น. 318-343 (2530) และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองตาม common law ในระบบกฎหมายอังกฤษ” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 (กันยายน 2535) น.556 ในเชิงอรรถที่ 2-4

[25] อย่างไรก็ตามหากเป็นการกระทำเกินอำนาจย่อมทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะตามหลัก ultra vires โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ” ในเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (2529), น.2. นอกจากนั้นด้วยอิทธิพลของกฎหมายของสหภาพยุโรปทำให้อังกฤษเริ่มปรับตัว และมีเริ่มมีกฎเกณฑ์พิเศษใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งทั้งหมดเป็นไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป (EU public contracts law) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์หรือลักษณะพิเศษบางอย่างที่ไม่ปรากฏในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ในปัจจุบัน (2559) สหราชอาณาจักรมีแนวโน้มที่จะออกจากการเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป (Brexit) ภายหลังที่มีการทำประชามติในสหราชอาณาจักร จึงต้องรอดูต่อไปในอนาคตว่าสหราชอาณาจักรจะมีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองไปในทิศทางใดต่อไป

[26] คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐคดี U.S v. Corliss Steam Engine Company, 91 US 321. เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองยกเลิกสัญญาในการสร้างเรือรบและสัญญาจัดซื้ออุทโธปกรณ์ภายหลังที่สงครามกลางเมืองจบลง อ้างใน Michel Fromont, *supra note*, p.268.

Ref. code: 25595601032187GRS

มาตรฐาน (Standard Clause) ที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้ระบุข้อสัญญามาตรฐานดังกล่าวให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาก็ตาม[27]

1.2.3 ความหมายในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป การใช้คำว่า “สัญญาภาครัฐ” (Public contract) ในสหภาพยุโรปนั้น เป็นผลมาจากการที่สหภาพยุโรปพยายามสร้างกฎเกณฑ์กลางสำหรับการจัดหาภาครัฐ (Public Procurement) ที่สามารถปรับใช้กับรัฐสมาชิกซึ่งสังกัดระบบกฎหมายที่แตกต่างกันได้ทุกระบบ เพื่อสร้างตลาดการค้าด้านการจัดหาภาครัฐที่มีการแข่งขันที่เสรีเป็นธรรม และโปร่งใส ตามนโยบายตลาดร่วมของสหภาพยุโรป ไม่ว่าระบบกฎหมายนั้นจะมีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนหรือมีข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม[28]

Public contract ตามความหมายของกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นมีความหมายในสองนัยยะ คือ (1) ความหมายอย่างกว้าง ซึ่งเป็นความหมายในเชิงพรรณนา (descriptive value) เท่านั้น หมายถึงสัญญาทุกชนิดซึ่งทำโดยภาครัฐ (Public body) ไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ ภูมิภาค ท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือ องค์การรูปแบบอื่นๆ และ (2) ความหมายอย่างแคบ ซึ่งเป็นความหมายตาม EU Public Procurement Directive 2014/24/EU คือเป็น “สัญญาซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งทำเป็นหนังสือระหว่างผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจกับหน่วยงานฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา โดยมีจุดประสงค์ในการดำเนินกิจการโยธาสาธารณะ การจัดซื้อจัดหา หรือการจัดจ้างบริการ”[29] ซึ่งเป็นคำที่จะต้องตีความตามนิยามพิเศษที่กำหนดไว้ใน Directive 2014/24/EU ซึ่งจะขอกล่าวถึงอย่างละเอียดในบทถัดไป

ส่วนในระบบกฎหมายอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นในระบบกฎหมายศาสนาหรือกฎหมายสังคมนิยมก็ปรากฏข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐเช่นกัน เพียงแต่จะมีเนื้อหาและรายละเอียดต่างออกไป เช่น ในสหรัฐอาหรับเอมิเรต เริ่มยอมรับการดำรงอยู่ของสัญญาทางปกครอง เนื่องจากได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสและอียิปต์เป็นอย่างมาก แม้จะใช้ระบบศาลเดี่ยวและมีการผสมกฎหมาย

---

[27] คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐคดี G.L. Christian & Association v. U.S., 375 US 954. ปี 1963 อ้างใน *ibid.,*p.269 รายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา โปรดดู ชวลิต เศวตสุด, “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.28-96.

[28] ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรแปล “Public contract” ว่า “สัญญาภาครัฐ” มากกว่า “สัญญามหาชน” เนื่องจากสัญญาภาครัฐนั้นถือเป็นคำกลาง ที่ไม่มีมิติของการแบ่งแยกระบบกฎหมายเอกชนออกจากมหาชน

[29] Article 2 (5) ‘public contracts’ means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services

Ref. code: 25595601032187GRS

ชารีอะห์ก็ตาม[30] หรือในประเทศจีน รัสเซีย ต่างก็มีกฎเกณฑ์บังคับใช้กับสัญญาภาครัฐเป็นพิเศษ ซึ่งผู้เขียนจะขอละไว้ซึ่งการศึกษาเปรียบเทียบ เนื่องจากสภาพของระบบกฎหมายที่แตกต่างกันมาก และการพัฒนาของแนวคิดสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายดังกล่าวนั้นยังไม่ตกผลึกนัก

1.3 ลักษณะของข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง

1.3.1 ลักษณะผสมระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนของสัญญาของฝ่ายปกครอง

หากพิจารณาในมุมมองของกฎหมายภายในรัฐ สัญญาของฝ่ายปกครอง เป็นข้อความคิดซึ่งตั้งอยู่บนกฎหมายสองลักษณะได้แก่ ลักษณะของกฎหมายเอกชนซึ่งเกี่ยวพันกับตลาดและลักษณะของกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นการรักษาประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ ในมิติของกฎหมายเอกชน กฎหมายสัญญา (law of contract) ถูกสร้างขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับการแลกเปลี่ยนค้าขายของมนุษย์หรือที่เรียกว่า “ตลาด”[31] ในฐานะกฎหมายที่กำหนดสิทธิและชี้ขาดตัดสินข้อขัดแย้งและบังคับตามสิทธิ เมื่อฝ่ายปกครองเลือกใช้ลักษณะของสัญญาในการทำภารกิจของฝ่ายปกครอง การใช้กฎหมายเอกชนกับสัญญาของฝ่ายปกครองเสียทั้งหมด อาจไม่สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะได้ทุกกรณี รัฐทั้งหลายจึงมีการออกแบบระบบกฎหมายของตนด้วยการใช้กฎหมายมหาชนเข้ามาแทรกแซงและควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครอง ในบางรัฐอาจมีการพัฒนาข้อความคิดในเรื่อง “สัญญาทางปกครอง” เป็นพิเศษ ในขณะที่บางรัฐเลือกที่จะกำกับควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครองผ่านทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในแต่ละรัฐจึงมีลักษณะผสมระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนในความเข้มข้นที่ต่างกันไป

1.3.2 ลักษณะนานาชาติของสัญญาฝ่ายปกครอง : การเกิดขึ้นของข้อความคิดเรื่องสัญญาภาครัฐและอิทธิพลของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งกระทบกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาในมุมมองระหว่างประเทศ สัญญาของฝ่ายปกครองมีลักษณะซึ่งแสดงให้เห็นถึง “ปรากฏการณ์โลกาภิวัตน์ทางกฎหมาย” (phenomenon de globalization du droit) กล่าวคือ ปัจจุบันข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในแต่ละรัฐมีแนวโน้มที่จะปรับตัวเข้าหากัน

---

[30] โปรดดู Rana El Husseini, The Challenge of Defining an Administrative Contract (2011) Retrieved on February 9, 2016, from http://www. hadefpartners.com /News/101/THE-CHALLENGE-OF-DEFINING-AN-ADMINISTRATIVE-CONTRACT

[31] ธรรมนิตย์ สุมันตกุล, <u>กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์</u> (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560) น.27-29

Ref. code: 25595601032187GRS

มากขึ้นและมีลักษณะที่เป็นนานาชาติมากขึ้น คู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้จำกัดแค่เพียงบุคคลในรัฐอีกต่อไป ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญากับบุคคลต่างด้าว บรรษัทข้ามชาติ หรือแม้แต่กับรัฐอื่นในลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศได้ ทำให้ปัจจุบันเกิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (Public contract) ที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้น ข้อความคิดเรื่องสัญญาภาครัฐนั้นเป็นกฎเกณฑ์กลางซึ่งพยายามสร้างความกลมกลืน (harmonization) ในเรื่องข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองระหว่างรัฐทั้งหลาย เพื่อกำจัดอุปสรรคในการค้าและทำสัญญาระหว่างประเทศด้วยการตกลงกันระหว่างรัฐ ซึ่งเป็นการพยายามสร้างแนวทาง (Guidelines) เพื่อให้รัฐต่างๆได้ปฏิบัติไปในทางเดียวกัน เพื่อลดอุปสรรคในการค้าการลงทุนในตลาดสัญญาภาครัฐ ในฐานะ “บรรทัดฐานระหว่างประเทศ” หรือ “บรรทัดฐานเหนือรัฐ” กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศเหล่านี้ส่งผลกระทบกับระบบกฎหมายภายในเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิก จนในที่สุดกฎเกณฑ์เรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองภายในรัฐต่างๆเปลี่ยนแปลงไปในทางที่สอดคล้องกันมากขึ้นเรื่อยๆ ภายใต้ข้อความคิดเรื่องสัญญาภาครัฐ เพื่อประโยชน์ของรัฐในการค้าขายระหว่างกัน

อิทธิพลของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งแสดงถึงลักษณะโลกาภิวัตน์ทางกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครองที่สมควรกล่าวถึงในที่นี้ ได้แก่ (1) อิทธิพลของระเบียบโลกเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Global rules for public procurement) (2) อิทธิพลของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment law) และ (3) อิทธิพลของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป (European Union Public contract) ดังนี้

(1) อิทธิพลของระเบียบโลกเกี่ยวกับการจัดหาภาครัฐ (Global rules for public procurement) ระเบียบโลกเกี่ยวกับการจัดหาภาครัฐนั้น สะท้อนผ่านทางกฎเกณฑ์ขององค์การค้าโลก[32] (World Trade Organization) ตามความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral agreements) ที่เรียกว่า “ความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐ” (Government Procurement

---

[32] องค์การการค้าโลก (world trade organization; WTO) เป็นองค์การระหว่างประเทศด้านการค้าที่มีจำนวนสมาชิกมากที่สุด ซึ่งพัฒนามาจากความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีและการค้า (the General Agreement on Tariff and Trade; GATT) ในรอบการเจรจาอุรุกวัย (Uruguay round) ปัจจุบันมีสมาชิกกว่า 161 เขตเศรษฐกิจ องค์การการค้าโลกมีวัตถุประสงค์หลักในการสนับสนุนการเปิดเสรีทางการค้า โดยสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบซึ่งเกิดจากการตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคี (Multilateral Agreements) หรือจากการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral Agreements) ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทกันจากกฎระเบียบดังกล่าว องค์การการค้าโลกได้กำหนดรูปแบบการระงับข้อพิพาทและจัดองค์กรระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body; DSB) โดยองค์การค้าโลกจะยึดหลักการสำคัญคือ การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสมาชิก หลักต่างตอบแทน การผูกพันตามพันธกรณีและบังคับให้เป็นไปตามพันธกรณีความโปร่งใสและการเคารพอำนาจอธิปไตยของสมาชิก โปรดดู จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก:การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2559 น.1-5. สำหรับกลไกการระงับข้อพิพาท โปรดดู น.15-34.

Ref. code: 25595601032187GRS

Agreement; GPA)[33] โดยความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐมีหลักการสำคัญคือ หลักการเปิดเสรี (principles of openness) ความโปร่งใส (transparency) และการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสมาชิก (non-discrimination) ในตลาดของการจัดซื้อโดยรัฐซึ่งประกอบไปด้วยการซื้อสินค้า จ้างบริการ และงานโยธาสาธารณะ ซึ่งปัจจุบันมีมูลค่าสูงมากกว่า 1.7 ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐ

ความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐ (GPA) ประกอบไปด้วยสองส่วนหลัก คือ (1) ตัวบทที่เป็นข้อตกลง (text of the Agreement) และ (2) รายการระบุพันธกรณีของสมาชิก (parties' market access schedules of commitments) ซึ่งจะเป็นตัวกำหนดว่ากิจกรรมการจัดซื้อจัดหาใดบ้างที่สมาชิกประสงค์จะเข้ามีสิทธิเรียกร้องหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณี นั่นหมายความว่าสมาชิกอาจมีพันธกรณีและสิทธิเรียกร้องที่แตกต่างกันได้ตามหลักต่างตอบแทนนั่นเอง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องการจัดซื้อโดยรัฐของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐนั้นไม่ได้เป็นมาตรฐานเดียวกันกับทุกประเทศ

เมื่อเกิดการละเมิดพันธกรณีของรัฐ ด้วยการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่เป็นธรรม เป็นการสร้างความเหลื่อมล้ำในการเข้าสู่ตลาดการจัดหาภาครัฐ ระหว่างผู้ประกอบการภายในประเทศและผู้ประกอบการจากนอกประเทศ รัฐสมาชิกก็มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐสมาชิกที่ฝ่าฝืนพันธกรณีแก้ไขนโยบายของตน เพื่อให้การจัดหาของรัฐนั้น เปิดโอกาสสูงสุดผู้ประกวดราคาทุกคน ภายใต้หลักความโปร่งใส การแข่งขันเป็นธรรม การไม่เลือกปฏิบัติ โดยผ่านกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลงระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Understanding ; DSU) โดยจะเริ่มต้นจากการหารือ (consultation) ระหว่างรัฐคู่พิพาท ซึ่งหากเจรจาไม่สำเร็จก็จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panal) [34] และองค์กรอุทธรณ์

---

[33] GPA เกิดขึ้นในปี 1981 ในการเจราจารอบโตเกียวและถูกหยิบยกขึ้นมาเจรจาใหม่อีกครั้งในรอบอุรกวัยในปี 1994 จนมีผลบังคับใช้ในปี 1996 ในที่สุด ปัจจุบัน GPA ถูกแก้ไขครั้งล่าสุดในวันที่ 30 มีนาคม 2012 ซึ่ง GPA ที่แก้ไขล่าสุดมีผลผูกพันสมาชิกตั้งแต่วันที่ 6 กรกฎาคม 2014 โปรดดู World Trade Organization, “What is GPA? And Evolution of the GPA” Retrieved on July, 29, 2016, from https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. ปัจจุบันความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 19 เขตเศรษฐกิจ ประกอบด้วยสมาชิก WTO กว่า 47 ประเทศ (เนื่องจากนับสหภาพยุโรปซึ่งประกอบไปด้วย 28 ประเทศรวมเป็นหนึ่งหน่วยเศรษฐกิจ) ได้แก่ อาร์เมเนีย แคนาดา สหภาพยุโรป ฮ่องกง ไอซ์แลนด์ อิสราเอล ญี่ปุ่น เกาหลี ลิกเตนชไตน์ โมโดวา มอนเตรเนโกร เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ สิงค์โปร์ สวิตเซอร์แลนด์ ไต้หวัน ยูเครน และ สหรัฐอเมริกา ส่วนอีก 28 ประเทศและ 4 เขตเศรษฐกิจนั้นเข้าร่วมในฐานะผู้สังเกตการณ์ (Observer) ซึ่งประเทศไทยเองก็เป็นหนึ่งในผู้ร่วมสังเกตการณ์เช่นกัน

[34] คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) นั้น จะต้องผ่านการลงมติโดยองค์กรระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body-DSB) เสียก่อนหลังจากที่ DSB ตรวจรายงานของ Panel แล้ว และภายใน 60 วันหลังจากที่มีการเวียนรายงานการวินิจฉัยของ

Ref. code: 25595601032187GRS

(Appellate body) ตามลำดับ ซึ่งในแต่ละขั้นตอนคู่กรณียังอาจสามารถใช้ระบบระงับข้อพิพาทางเลือกเช่นการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมยอมความได้ อย่างไรก็ตามแม้ GPA จะมีกลไกการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวแต่ก็ยังขาดกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับภายในรัฐโดยตรง นอกจากนั้นผลของการระงับข้อพิพาทด้วยกลไก DSU เพียงแต่ส่งผลให้รัฐสมาชิกที่ละเมิดพันธกรณีต้องไปปรับปรุงมาตรการที่เป็นข้อโต้แย้งให้สอดคล้องกับพันธกรณีทันทีหรือภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ซึ่งหากไม่มีการปฏิบัติการปรับปรุงดังกล่าว รัฐคู่พิพาทอาจขอให้องค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) ออก “มาตรการชั่วคราว” ที่เป็นการชดเชยค่าเสียหาย[35]หรือให้ออกมาตรการตอบโต้โดยการเพิกถอนสิทธิบางประการจากการเป็นสมาชิก WTO จึงสรุปได้ว่าแม้จะมีการละเมิดพันธกรณีตาม GPA แต่ก็ไม่ได้ส่งผลต่อกฎหมายจัดหาภาครัฐภายในรัฐและความสมบูรณ์ของสัญญาภาครัฐโดยตรง[36] ต่างจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป ซึ่งสร้างความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายสัญญาภาครัฐระหว่างรัฐสมาชิกได้มากกว่า จากกลไกของคณะกรรมาธิการยุโรปในการบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณี

นอกจากนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อโดยรัฐ ยังปรากฏใน ข้อตกลงขององค์การระหว่างประเทศอื่นๆและความร่วมมือทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคอันเป็นประชาคมเศรษฐกิจ[37] เช่น องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ตลาดร่วมอเมริกาใต้ตอนล่าง (MERCOSUR) หรือแม้แต่สหภาพยุโรป (EU) ซึ่งจะมีความเข้มข้นของการปรับใช้บรรทัดฐานระหว่างประเทศแตกต่างกันไป

(2) อิทธิพลของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุน (host state) กับนักลงทุนต่างชาติ (foreign Investor) และรัฐเจ้าของสัญญาชาตินักลงทุน (home state)[38] ในกรณีที่สัญญาภาครัฐ (Public contract) ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (contracting out of the

---

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หากสมาชิกคู่พิพาทไม่พอใจในคำตัดสินในปัญหาข้อกฎหมายก็มีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ได้

[35] การชดเชยค่าเสียหายในที่นี้ไม่ได้เป็นตัวเงิน แต่จะเป็นการให้สิทธิพิเศษเพิ่มเติมให้กับคู่พิพาทโดยเทียบเคียงกับมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

[36] แม้ว่าตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐ ธนาคารโลก (World bank) มีอำนาจในการตรวจสัญญาภาครัฐบางชนิดที่ทำโดยสมาชิกได้ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญานั้นโดยตรง

[37] อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์และข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อโดยรัฐยังไม่ปรากฏในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) โปรดดู Marise Cremona, David Kleimann, Joris Larik, Rena Lee and Pascal Vennesson , ASEAN's External Agreements, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015) p.216.

[38] นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ,” (กรุงเทพ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) น.23.

Ref. code: 25595601032187GRS

domestic) นั้น รัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐเจ้าของสัญญาชาตินักลงทุนอาจทำความตกลงกันระหว่างกันเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากการแทรกแซงของรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อสร้างบรรยากาศที่ดีในการลงทุนและความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติ อันเป็นการดึงดูดการลงทุนทั้งในแง่ของเงิน ทรัพยากรบุคคล และความรู้ทางเทคนิคจากต่างชาติ ซึ่งส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (infrastructure) ที่มีระยะยาวที่รัฐอาจไม่มีเงินเพียงพอที่จะจัดทำด้วยตัวเอง หรือเป็นการบริหารกิจการหลังจากการแปรรูป (privatization) รัฐวิสาหกิจหรือกิจการที่รัฐเคยผูกขาดไว้

ภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ รัฐผู้รับการลงทุนย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องมีการให้หลักประกันซึ่งเป็นการปกป้องนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นคู่สัญญาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น การยึดคืนเป็นของรัฐ หรือการโอนเป็นของรัฐ (nationalization, expropriation) และจะต้องชดใช้ค่าเสียหายทดแทนในกรณีที่รัฐใช้อำนาจหรือเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของรัฐ[39] จนสร้างความเสียหายให้กับคู่สัญญาที่ทันท่วงที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ นอกจากนั้นยังต้องมีกลไกที่พิเศษในการคุ้มครองนักลงทุนในการระงับข้อพิพาท (dispute settlement) ให้ได้รับความสะดวกเร็วและเป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่ายซึ่งก็คือการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั่นเอง

พันธกรณีในการให้หลักประกันซึ่งเป็นการปกป้องนักลงทุนต่างชาติดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ[40] (customary international law) จากข้อตกลง

---

[39] เช่น การเลิกสัญญาหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ยอมรับให้รัฐสามารถใช้อำนาจเช่นนั้นได้ แต่จะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหาย ดังที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยืนยันในคดี *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece,* 19 Eue.H.R (1994) อ้างใน Stephen W Schill, “Contracting with foreigners: International investment law implications” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.68.

[40] กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) นับเป็นบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่งซึ่งเกิดจากความประพฤติของรัฐ (state practice) ทั้งหลายที่สม่ำเสมอด้วยความเชื่อที่ว่ากฎหมายกำหนดให้ตนต้องประพฤติเช่นนั้น (acceptance as law) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งปรับใช้ในกรณีของสัญญาภาครัฐยกตัวอย่างเช่น (a) การปรับใช้ “หลักมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ” (international minimum standard of treatment; IMST) โดยห้ามรัฐผู้รับการลงทุนปฏิเสธสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมของนักลงทุน และปฏิบัติต่อนักลงทุนในระดับที่ต่ำกว่าเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ (b) หลักการใช้ “ความคุ้มครองทางการทูต” ภายหลังจากการหมดสิ้นการเยียวยาจากรัฐผู้ก่อความเสียหาย (Diplomatic protection after the exhaustion of local remedies) กล่าวคือ หลังจากที่มีการละเมิดสัญญาภาครัฐอย่างร้ายแรงจนถึงกับเป็นการที่รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศด้วย และกระบวนการภายในรัฐผู้รับการลงทุนนั้นไม่สามารถประกันสิทธิของผู้ลงทุน

Ref. code: 25595601032187GRS

ในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty; BITs)และความตกลงการลงทุนอื่นๆ (International investment agreement; IIA)

ในส่วนของข้อตกลงในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty; BITs)และความตกลงการลงทุนอื่นๆ (International investment agreement; IIA) ข้อตกลงดังกล่าวจะมีขอบเขตในการนิยาม “นักลงทุน” และ “การลงทุน” (investment) ที่อยู่ในความคุ้มครองกันตามข้อตกลงเอาไว้ นักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองพื้นฐานตามที่ได้ตกลงกัน เช่น การคุ้มครองตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favorite Nation)[41] หลักประกันเรื่องการเคลื่อนย้ายเงินทุนหรือกำไรของนักลงทุนกลับไปประเทศของตน (Capital transfer provision) การคุ้มครองจากการถูกเวนคืน (expropriation) ทั้งโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบการโอนเป็นของรัฐการพรากไปซึ่งสิทธิตามสัญญา หรือมาตรการอื่นๆ ซึ่งรัฐจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย การประกันมาตรฐานการปฏิบัติโดยเป็นธรรม (fair and equitable treatment standard) เป็นต้น ซึ่งเรื่องเหล่านี้ล้วนอยู่ภายใต้ข้อสัญญาที่เรียกว่า *ข้อสัญญาร่ม* (Umbrella clause) ซึ่งเป็นข้อตกลงกว้างๆซึ่งกำหนดให้คู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของการลงทุน[42] นอกจากนั้นยังอาจปรากฏลักษณะข้อสัญญาอื่นๆพิเศษเช่น ข้อตกลง Stabilization clause ซึ่งป้องกันนักลงทุนจากผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของนโยบายของรัฐภายหลังจากเปลี่ยนรัฐบาล หรือ renegotiation clause ซึ่งเป็นข้อสัญญาซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาต้องมาทำการตกลงกันใหม่หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์หรือมีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ และที่สำคัญที่สุด จะต้องมีข้อตกลงให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) โดยสถาบันระหว่างประเทศตาม ICSID Convention หรือ UCITRAL Arbitration rules

จะเห็นได้ว่ามาตรฐานตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีความเป็นอัตวิสัยสูง และยืดหยุ่นปรับเปลี่ยนได้ตามสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปได้ นอกจากนั้นการบังคับให้เป็นไปตามมาตรฐานกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้นไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐอย่างสมบูรณ์ หากแต่รัฐยินดีที่จะสละอำนาจอธิปไตยทางเศรษฐกิจบางส่วน เพื่อที่จะได้รับประโยชน์ทาง

ได้ หลังจากที่ผู้ลงทุนได้ดำเนินการเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีทางกฎหมายภายในของรัฐที่ก่อการละเมิดนั้นจนหมดสิ้นทุกวิถีทางแล้ว ผู้ลงทุนอาจร้องขอการความคุ้มครองทางการทูตกับรัฐบาลของตน ซึ่งมีผลทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติสามารถเข้าเรียกร้องสิทธิในทางระหว่างประเทศแทนที่นักลงทุน ทำให้ข้อพิพาทนั้นยกระดับขึ้นกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ และทำให้การแก้ไขปัญหามีมิติทางการเมืองระหว่างประเทศสูงขึ้น

[41] รายละเอียดของหลักการคุ้มครองตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favorite Nation) โปรดดู นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38, น.209-218

[42] โปรดดู Axel weißenfels, “Umbrella Clauses”, Seminar on International Investment Protection, 2006 p.5.

Ref. code: 25595601032187GRS

เศรษฐกิจบนพื้นฐานของหลักการต่างตอบแทน (reciprocity) เสียมากกว่า[43] ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายของสหภาพยุโรป

(3) อิทธิพลของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป (European Union Public contract)

สหภาพยุโรปนั้นมีลักษณะพิเศษกว่าประชาคมเศรษฐกิจธรรมดา กล่าวคือมีลักษณะ "เหนือรัฐ" (supranational trait) ทำให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปจึงมีผลบังคับผูกพันเป็นรูปธรรมมากกว่ากฎเกณฑ์ขององค์การค้าโลกหรือประชาคมทางเศรษฐกิจอื่นๆ

กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป นั้นแบ่งออกเป็นสองส่วนหลัก คือ (1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดหาโดยรัฐ (EU Public Procurement Law) ในฐานะของกฎหมายกลางที่มุ่งควบคุมการจัดหาโดยรัฐ[44] (Public procurement) ซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contacting entity) ของรัฐสมาชิกทั้ง 28 ประเทศ[45] ซึ่งมีมูลค่าของสัญญา (threshold) ตามที่กำหนด และ (2) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดหาโดยองค์กรหรือหน่วยงานของสหภาพยุโรปเอง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดหาโดยรัฐ (EU Public Procurement Law) นั้นมุ่งเน้นในการควบคุมสัญญาภาครัฐ ในสองกระบวนการหลัก คือ (1) กระบวนการเข้าทำสัญญา ตั้งแต่ขั้นตอนของการประกาศเชิญชวนเข้าทำจนถึงการลงนามในสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาบางส่วน และ (2) กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการทำสัญญาและบริหารสัญญาของรัฐ โดยมุ่งเน้นการสร้างความกลมกลืน (harmonization) ในหลักกฎหมายเรื่องสัญญาภาครัฐในรัฐสมาชิก ภายใต้หลักการสำคัญในเรื่องตลาดร่วมภายในสหภาพยุโรป (internal market)

กฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับสัญญาภาครัฐที่สำคัญ ประกอบไปด้วย

(a) สนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union; TFEU) หรือที่รู้จักในชื่อของ “สนธิสัญญาลิสบอน” ซึ่งมีหลักการสำคัญคือ การสร้างตลาดภายใน (internal market)[46] ซึ่งประกอบด้วยการเคลื่อนย้ายโดยเสรี (free movement) ของสินค้า บุคคล บริการ และทุน และการป้องกันการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของ

---

[43] นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 38, น.227

[44] ได้แก่ การจัดซื้อหรือการจัดจ้างบริการ ทั้งในกิจการทั่วไปและกิจการเกี่ยวกับสาธาณูปโภค (Utilities Sectors) การทำสัญญาสัมปทาน (concession) การจัดหาในกิจการการป้องกันประเทศ (Defence procurement) และในอนาคตกำลังพัฒนาให้ครอบคลุมถึงสัญญาความร่วมมือรัฐระหว่างรัฐและเอกชน (Public Private Parnership)

[45]สมาชิกในปัจจุบัน ได้แก่ ออสเตรีย เบลเยียม บัลแกเรีย โครเอเชีย ไซปรัส สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน และ สหราชอาณาจักร

[46] ตามมาตรา 3 และมาตรา 26 (3) ของ TFEU

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญชาติ[47] แม้สนธิสัญญาลิสบอน (TFEU) จะไม่ได้กล่าวถึงสัญญาภาครัฐโดยตรง แต่กล่าวถึงหลักการสำคัญทั่วไปได้แก่ การเคลื่อนย้ายเสรีของ สินค้า บริการ แรงงาน ทุน, เสรีภาพในการตั้งถิ่นฐาน, การแข่งขันที่เป็นธรรม และประเด็นอื่นๆเกี่ยวกับกฎหมายทางเศรษฐกิจ แต่สนธิสัญญาลิสบอนก็อยู่ในฐานะหลักการทั่วไปซึ่งต้องปรับใช้เมื่อกระบวนการเกี่ยวกับการทำสัญญาของรัฐใดๆอยู่นอกเหนือจากขอบเขตของแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (Directive) เช่น ในกรณีที่มูลค่าของสัญญา (threshold) ต่ำกว่าเกณฑ์ หรือตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของ Directive ในบางกิจการ สัญญาเหล่านี้จึงจำเป็นที่จะต้องเคารพหลักการพื้นฐานซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสนธิสัญญาลิสบอน คือ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติ และ หลักการเคลื่อนไหวโดยเสรีของสินค้า บุคคล บริการ และทุนนั่นเอง การปรับใช้หลักการทั้งสองประการกับสัญญาภาครัฐนั้นปรากฏในลักษณะของการกำหนดแนวการตีความที่เรียกว่า *2006 Interpretative Communitive*[48] ซึ่งถือเป็นแนวการตีความที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยึดถือ ในลักษณะที่เป็นการปรับใช้หลักการในฐานะกฎเกณฑ์พื้นฐานอย่างกว้าง[49] เหตุที่ในสนธิสัญญาลิสบอนไม่ได้ระบุกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (Public contract)

---

[47] Prohibition of discrimination on ground of nationality ตามมาตรา 18 ของ TFEU อ้างใน Martin Trybus, “Public contracts in European Union Internal Market Law Foundation and Requirements” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010), pp.86-95.

[48] Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (2006/C 179/02) ซึ่งปรับใช้กับช่องว่างของ Directive 2004/17/EC และ 2004/18/EC แต่ปัจจุบันมีการประกาศใช้ Directive 2014/23 EU 2014/24 EU และ 2014/25 EU แล้ว ซึ่งมีการแก้ไขข้อยกเว้นเกี่ยวกับสัญญาบางชนิดที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้ directive บางส่วน จึงต้องมีการแก้ไขแนวการตีความในบางส่วนต่อไป ระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขแนวการตีความดังกล่าว ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปย่อมสามารถยึดถือแนวการตีความในปี 2006 โดยปรับใช้กับสภาพการณ์ปัจจุบันได้

[49] ยกตัวอย่างเช่น **การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (non-discrimination and equal treatment)** กับสัญญาซึ่งไม่ได้อยู่ใต้ขอบเขตบังคับของ Directive ทั้งในขั้นตอนการกำหนดรายละเอียดโครงการ (Specification) การกำหนดเงื่อนไขในการเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของรัฐ (Condition to bid) การกำหนดระยะเวลา (time limit) ในการยื่นขอเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของรัฐ กระบวนการคัดเลือกผู้เข้าทำสัญญากับรัฐ (Contract award procedure) การกำหนดเกณฑ์ในการเลือกผู้ชนะที่จะทำสัญญากับรัฐ (Contract award criteria) โดยทุกกรณีจะต้องแสดงถึงการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมของฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญา **การปรับใช้หลักความโปร่งใส (transparence)** ซึ่งปรับใช้กับการโฆษณาว่าจะมีการเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของรัฐ (Publication of public contrat opportunities) และ การ

Ref. code: 25595601032187GRS

ไว้ในสนธิสัญญาตั้งแต่แรก เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า วัตถุประสงค์ในเรื่องตลาดร่วมภายในเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐเพิ่งได้รับการยอมรับในช่วงปี 1970 และเพิ่งมีผลในทางปฏิบัติในช่วงราวปี 1990 และเป็นการไม่เหมาะที่จะระบุรายละเอียดในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐลงในสนธิสัญญาเนื่องจากจะทำให้สนธิสัญญายืดยาวเกินไป และส่งผลให้การลงนามสนธิสัญญาลิสบอนของรัฐภาคีต้องล่าช้าไปจากการทำประชามติในเรื่องนี้ นอกจากนั้นสนธิสัญญาลิสบอนเองก็กำหนดให้อำนาจสหภาพยุโรปในการออกข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติ (Directive) กำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติแก่รัฐสมาชิกได้อยู่แล้ว เนื่องจาก Directive มีสถานะเป็น *กฎหมายแม่แบบบังคับ* (compulsory model law) ที่ถูกปรับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐภาคีสมาชิกโดยตรง เทคนิคนี้เปิดโอกาสให้เกิดการผสมผสานของระบบกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศสมาชิกไปพร้อมๆกับการยังคงเคารพระบบกฎหมายภายในของรัฐภาคีสมาชิกที่แตกต่างกันอยู่ด้วย

(b) ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (EU Directive) เป็นกฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) ของสหภาพยุโรปที่กำหนดแนวทางปฏิบัติให้แก่รัฐสมาชิกในการดำเนินการจัดทำกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป โดยรัฐสมาชิกจะต้องตีความกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับ Directive หรือรับ Directive เข้าเป็นส่วนหนึ่งกับกฎหมายภายในรัฐภาคีสมาชิก[50] ซึ่งส่งผลให้เกิดการปฏิรูปและการผสมผสานของระบบ

กำหนดเนื้อหารายละเอียดของประกาศการเข้าทำสัญญา (content of contract notices) ทั้งสองกรณีจะต้องมีความโปร่งใสในกระบวนการเป็นพื้นฐานขั้นต่ำในฐานะหลักการทั่วไป **การปรับใช้หลักการรับรองที่มีลักษณะเป็นสากล (Mutual recognition)** ในกรณีที่รัฐสมาชิกกำหนดให้ต้องมีการรับรองเป็นหนังสือในคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าทำสัญญา เช่น ประกาศนียบัตร วุฒิการศึกษา หรือการรับรองเป็นหนังสือรูปแบบอื่นๆ การรับรองดังกล่าวนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสากล กล่าวคือการรับรองคุณสมบัติอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยรัฐสมาชิกหนึ่งในเรื่องเดียวกันย่อมใช้ได้ตามกฎหมายในอีกรัฐสมาชิกหนึ่ง การปรับใช้หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) เมื่อเกิดกรณีที่มีการละเมิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อโดยรัฐ โดยพิจารณาว่าการฝ่าฝืนนั้นร้ายแรงถึงขั้นกระทบกับตลาดร่วมภายใน (Internal Market) หรือไม่ **การปรับใช้เรื่องความเท่าเทียมและความมีประสิทธิภาพในกระบวนการตรวจสอบให้เป็นไปตามกฎหมาย (Equivalence and effectiveness in review proceeding)** แม้ว่าสัญญาจะอยู่นอกขอบเขตของ Directive ก็ตาม สนธิสัญญาลิสบอนก็รับรองสิทธิของผู้ที่เสียหายจากการฝ่าฝืนหลักการทั่วไปของสนธิสัญญาในเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติและหลักการเคลื่อนไหวโดยเสรี โดยเรียกร้องให้รัฐสมาชิกสร้างกฎเกณฑ์ทางศาล (Judicial review) เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ขัดกับ TFEU และยังเรียกร้องให้มีกระบวนการชดใช้ค่าเสียหาย (Remedies) ที่เป็นธรรม รวมถึงการได้รับความสะดวกในการขอตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อโดยรัฐด้วย

[50] ประเทศสมาชิกอาจเลือกที่จะใช้วิธีหรือรูปแบบใดก็ได้ในการทำให้ Directive นั้นมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติในรัฐของตน แสดงให้ถึงการคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐไปพร้อมๆ กับการแสดงความร่วมมือระหว่างกัน ดู อภิญญา เลื่อนฉวี, กฎหมายสหภาพยุโรป, (กรุงเทพ: วิญญูชน 2548) น.88.

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศภาคีสมาชิกในที่สุด ซึ่งคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) จะเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบให้รัฐปฏิบัติตาม Directive ทำให้รัฐอาจถูกฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้หากมีการฝ่าฝืนพันธกรณีตาม Directive

ปัจจุบัน (2017) มีข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (EU Directive) ที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐหลายฉบับครอบคลุมตั้งแต่การจัดซื้อหรือการจัดจ้างบริการทั้งในกิจการทั่วไปและกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค (Utilities Sectors) การทำสัญญาสัมปทาน (concession) ไปจนถึงการกำหนดค่าเสียหายจากการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการทำสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป ซึ่งจะกล่าวถึงอย่างละเอียดในบทถัดไป

(c) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป (European court of justice) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเองก็ถือเป็นการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดหาโดยรัฐของสหภาพยุโรปเพิ่มเติมจากข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (Directive) และเป็นการปรับใช้หลักการทั่วไปของสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรปกับคดีโดยตรง หลายครั้งที่แนวการตีความของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้รับการยอมรับและกลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (Directive) เมื่อมีการทบทวนและแก้ไข Directive ดังกล่าว

1.4 ภาพรวมของการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาของฝ่ายปกครอง

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีขอบเขตที่กว้างและมีนิยามแตกต่างกันไปในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ การศึกษาเปรียบเทียบสัญญาของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึงสภาพความแตกต่างของสกุลระบบกฎหมาย ระบบกฎหมายปกครอง และระบบกฎหมายสัญญาในแต่ละประเทศ ในส่วนของระบบสกุลกฎหมายนั้น การศึกษาเปรียบเทียบจะต้องเข้าใจแนวคิดในเรื่องการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นข้อความคิดที่ปรากฏชัดในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แต่ไม่ปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือมีความซับซ้อนในระบบกฎหมายผสม (Mixed legal system)[51] ซึ่งจะส่งผลต่อแนวความคิดในเรื่องระบบกฎหมายปกครองที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง ระบบการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่งผลกระทบต่อการนิยามข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาภาครัฐ ไม่ว่าจะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้แตกต่างกับสัญญาทั่วไป หรือ ในประเทศในระบบกฎหมาย ซีวิลลอว์ ซึ่งมีทั้งกลุ่มประเทศที่ไม่ได้มีมุมมองเกี่ยวสัญญาทางปกครองเป็นพิเศษและประเทศที่พัฒนาระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพิเศษ

---

[51] โปรดดู กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “ระบบกฎหมายผสม,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 36, ฉบับที่ 3, น. 568-589 (กันยายน 2550).

Ref. code: 25595601032187GRS

ภาพรวมของการศึกษาเปรียบเทียบจึงแบ่งออกเป็นสองส่วนใหญ่ โดยเริ่มจาก (1) การกำหนดนิยามของสัญญาของฝ่ายปกครองจากนั้นจึงทำการเปรียบเทียบในเรื่อง (2) วงจรชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครอง ตั้งแต่กระบวนการเกิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การสิ้นสุดของสัญญา และผลที่ตามมาโดยเฉพาะในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาภาครัฐและการตรวจสอบสัญญาภาครัฐ ซึ่งมีภาพรวมดังนี้

1.4.1 การศึกษาเปรียบเทียบนิยามและชนิดของสัญญาของฝ่ายปกครอง

การศึกษาเปรียบเทียบในเรื่องของการกำหนดนิยามของสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาว่าระบบกฎหมายนั้นๆ ได้วางระบบของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้อย่างไรบ้าง โดยเริ่มตั้งแต่การศึกษาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบใดถึงจะถือเป็น “สัญญา” ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการศึกษากฎหมายสัญญาในระบบกฎหมายนั้นๆควบคู่ไปกับอำนาจในการเลือกใช้เครื่องมือทางสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งทั่วโลกปรากฏรูปแบบการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลือกใช้เครื่องมือทางสัญญา ในสามรูปแบบด้วยกัน[52] คือ *หนึ่ง* รูปแบบที่จะต้องมีกฎหมายเฉพาะเป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลือกใช้เครื่องมือในรูปแบบสัญญา ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจโดยอิสระและไม่มีดุลยพินิจในการใช้สัญญา เช่นในระบบกฎหมายออสเตรีย[53] *สอง* รูปแบบที่ฝ่าย

---

[52] Simone Torricelli, "Les limites à l’utilisation des instruments contractuels dan l’activité administrative" Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.133-136.

[53] ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการทำสัญญาทั้งสิ้น สำหรับสัญญาจัดหาพัสดุซึ่งเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นไปตาม *Bundesvergabegesetz* กำหนดให้อำนาจเท่านั้น ส่วนในกรณีสัญญาทางปกครอง ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ VfSlg. 9226/1981 ซึ่งวางหลักสำคัญสองประการว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายออสเตรียจะทำได้เมื่อมีกฎหมายอนุญาตเท่านั้น และหากมีข้อพิพาทจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อ้างใน Marion Steiner, “Austriche/Austria” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.388 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายออสเตรียที่สำคัญได้แก่ สัญญาตกลงฐานภาษี สัญญาเกี่ยวกับงบวิจัยระหว่างมหาวิทยาลัยกับกระทรวงวิทยาศาสตร์ (Leitungsvereinbarung) เป็นต้น

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครองมีอำนาจทั่วไปแต่ถูกกำหนดภายใต้กฎหมายเฉพาะ เช่น สเปน[54] เยอรมัน[55] อิตาลี[56] และ *สาม* ฝ่ายปกครองมีอำนาจเต็มที่ในการใช้การกระทำในรูปแบบสัญญาโดยไม่มีข้อจำกัดโดยกฎหมายใดๆเป็นการเฉพาะ แต่มีข้อจำกัดตามสภาพของเรื่อง เช่นกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ฝรั่งเศส[57] เบลเยียม นอกจากนั้นยังต้องศึกษาไปถึงหลักเกณฑ์ในการแยกการกระทำทางสัญญาของฝ่ายปกครองออกจากการกระทำในรูปแบบสัญญา ลักษณะและชนิดของสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งต้องพิจารณาจากบริบทของพัฒนาการของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายนั้นๆ

1.4.2 การศึกษาเปรียบเทียบวงจรชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครอง มีภาพรวมในการศึกษาเปรียบเทียบแบ่งออกเป็นสามหัวข้อใหญ่ ดังนี้

1.4.2.1 หลักเกณฑ์ในการเกิดขึ้นและการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยหลักแล้วสัญญาของฝ่ายปกครองย่อมเกิดขึ้นหลังจากที่มีการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาตามกระบวนการในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง หลักเกณฑ์ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ซึ่งอาจมีเนื้อหาที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ แต่ในปัจจุบันด้วยอิทธิพลของกฎหมายของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ ทำให้หลักเกณฑ์ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกที่เป็นสัญญาจัดหาภาครัฐ (Public procurement) และสัญญาสัมปทาน (concession) นั้นมีความเปลี่ยนแปลงให้ใกล้เคียงกันมากขึ้น ทำให้แต่ละประเทศภาคีสมาชิกเกิดการปรับตัวตามพันธกรณี โดยเฉพาะในเรื่อง การปรับใช้หลักความโปร่งใสและการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม ซึ่งในหลายประเทศ หลักความโปร่งใสและการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรมในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองถึงกับได้รับการยกระดับเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในจากผลกระทบของกฎหมายของสหภาพยุโรป เช่นในกรณีของประเทศฝรั่งเศสเกิดการปรับปรุงกฎหมายพัสดุ (Code des marchés publics) โดยการรับหลักการของสหภาพยุโรปเข้าไปในกฎหมาย ในขณะที่สเปนมีการออกกฎหมาย

---

[54] มาตรา 88 ของ รัฐบัญญัติ (Ley) n°30/1992 ห้ามฝ่ายปกครองทำสัญญาที่เกี่ยวกับกระบวนพิจารณาทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจปกครองฝ่ายเดียว

[55] ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนได้ด้วยการทำสัญญา เช่นการทำสัญญาจัดหา ส่วนในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองก็สามารถทำสัญญาแทนคำสั่งทางปกครองในฐานะเครื่องมือที่สร้างความยืดหยุ่นในการการปฏิบัติหน้าที่ได้ แต่อยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งได้แก่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz; Vwvfg) ซึ่งจะต่างกับระบบกฎหมายออสเตรีย

[56] มาตรา 11 ของรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Legge sul procedimento amministrativo ; Legge 7 agosto 1990 n° 241) มีเนื้อความห้ามไม่ให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาเป็นการจำกัดการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง

[57] จากการวางหลักของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่อาจเลือกใช้วิธีการทางสัญญาได้หากสภาพของเรื่องดังกล่าวฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎเท่านั้น

Ref. code: 25595601032187GRS

เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐใหม่ (ley de contratos del sector public 2008) ซึ่งทั้งสองกรณีมีขอบเขตบังคับใช้กว้างกว่าสัญญาทางปกครอง กล่าวคือรวมถึงสัญญาของฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างซึ่งรวมถึงนิติบุคคลเอกชนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐด้วย

ในขณะที่บางระบบกฎหมายนั้นไม่ยอมรับให้สัญญาจัดหาหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น ระบบกฎหมายเยอรมัน[58] ด้วยสภาพที่กฎหมายของสหภาพยุโรปมีขอบเขตบังคับใช้เหนือสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครองด้วยนั้น ทำให้ต้องมีการแก้ไขกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง[59] ด้วยการแก้กฎหมายต่อต้านการกระทำที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้า (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB) ให้สอดคล้องกับพันธกรณีแทน ซึ่งหากมีการทำสัญญาโดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม[60]

ในหลายๆประเทศมีการรับกฎหมายของสหภาพยุโรปเข้าไปเป็นกฎหมายภายใน*โดยตรง* ได้แก่ ประเทศอิตาลีในประมวลกฎหมายสัญญาภาครัฐ (Codice dei Contratti Pubblici 2006) และประเทศเบลเยี่ยม (loi du 15 juin 2006) ซึ่งการตรวจสอบการทำสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งได้รับอิทธิพลทางแนวคิดจากทฤษฎี Acte détachable จากระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้ในประเทศดังกล่าวโดยหลักศาลยุติธรรมจะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทในเนื้อหาของสัญญาก็ตาม

ส่วนประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ก็ปรากฏการปรับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปเช่นกัน สหราชอาณาจักรและเครือจักรภพได้ออกกฎหมายหลายฉบับที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป[61] ทำให้เสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีอยู่แต่เดิมถูกจำกัดลงไป

---

[58] โดยถือว่าฝ่ายปกครองหรือรัฐกระทำการเสมือนหนึ่งผู้ประกอบการเอกชน โปรดดู นรินทร์ อิธิสาร, “ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน Zweistufentheorie” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 16 (มกราคม-มีนาคม 2559) น.31 สำหรับความหมายของ ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน โปรดดูคำพิพากษา BverwG 3 C 50.04, Urteil vom 8.09.2005 ในหน้า 140-151 ในวารสารฉบับเดียวกัน

[59] แต่เดิมการทำสัญญาของเยอรมันมีหนังสือเวียนกำหนดเป็นพิเศษที่มีชื่อว่า *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB) ซึ่งใช้ในกรณีสัญญางานโยธาสาธารณะ และ *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen* (VOL) แต่หนังสือเวียนดังกล่าวมีสถานะเป็นระเบียบภายในเท่านั้น แม้จะมีการประกันเรื่องสัญญาต้องทำขึ้นโดยสอดคล้องกับกฎหมายงบประมาณ จะต้องเป็นประโยชน์ต่อรัฐ และต้องเคารพเรื่องการแข่งขันทางการค้าก็ตาม ทำให้ไม่อาจเป็นฐานทางกฎหมายให้ผู้ที่ต้องการฟ้องคดีได้ ทำให้ต้องมีการแก้กฎหมายแข่งขันทางการค้าและหนังสือเวียนดังกล่าวในเวลาต่อมา

[60] Michel Fromont, *Infra note,* p.271

[61] ได้แก่ SI 2006/5 Public Contracts Regulations 2006 และ SI 2006/6 Utilities Contracts Regulations 2006 (ในกรณีของสหราชอาณาจักร เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ) และ SSI 2006/1 และ SSI 2006 ในกรณีของสก๊อตแลนด์ ซึ่งทั้งหมดถูกแก้ไขด้วยการออก Directive

Ref. code: 25595601032187GRS

ในขณะประเทศอื่นๆที่ไม่ใช่สมาชิกสหภาพยุโรป เช่น สวิตเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายผสม สวิตเซอร์แลนด์นั้นไม่ได้เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป แต่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก (WTO) ทำให้สวิตเซอร์แลนด์ออกกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Loi federal du 16 décembre 1995 sur les marchés publics; LMP) ปี 1994 ซึ่งมีเนื้อหาใกล้เคียงกับกฎหมายของสหภาพยุโรป โดยถือว่ากระบวนการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของคณะตุลาการปกครองของสหพันธ์

1.4.2.2 หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ปกติแล้วในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ย่อมเทียบเคียงได้กับการปฏิบัติตามสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งในลักษณะสัญญาซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ด้วยลักษณะของความเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองทำให้ในหลายประเทศยอมให้มีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (specific powers of public contractor) ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การใช้อำนาจในการบอกเลิกสัญญา การควบคุมกำกับดูแลให้เป็นไปตามสัญญา เป็นต้น

คำถามที่จะต้องตอบในหัวข้อนี้ก็คือ กฎเกณฑ์ใดบ้างที่จะถือเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ (rule applicable) กับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง และที่มาของอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นมาจากไหน[62] ดังนี้

(1) กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ (rule applicable) กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมาย Common law ที่ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกัน ตัวอย่างเช่นในประเทศออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร อินเดีย กฎเกณฑ์ที่บังคับกับสัญญาภาครัฐนั้นสามารถพบได้ทั้งในตัวสัญญาเอง หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้แก่ *คอมมอนลอว์* และกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ส่วนในระบบกฎหมาย civil law ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกลุ่มย่อย คือ (a) กลุ่มประเทศที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้กับสัญญาภาครัฐเป็นพิเศษและไม่ได้มีแนวความคิดในเรื่องความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญา กฎเกณฑ์ที่บังคับกับสัญญาภาครัฐคือตัวข้อสัญญา และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาซึ่งอนุโลมมาจากกฎหมายเอกชน จะมีแต่เฉพาะในบางกรณีเท่านั้นที่จะพบกฎเกณฑ์พิเศษในกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ได้แก่ ประเทศ ออสเตรีย ชิลี

ใหม่ของสหภาพยุโรปในวันที่ 17 เมษายน 2014 ซึ่งจะมีผลให้สมาชิกต้องแก้ไขกฎหมายภายใน 24 เดือน หลักการดังกล่าวซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงอีกครั้ง หลังจากการตัดสินใจออกจากสหภาพยุโรปของสหราชอาณาจักร (Brexit) โปรดดู Crown Commercial Service, “A Brief Guide to the EU public contracts directive (2014),”(October, 2014) p.3

[62] Paul Craig, “Specific Powers of Public Contractor,” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.173

Ref. code: 25595601032187GRS

เดนมาร์ก เอสโตเนีย เยอรมัน อิตาลี โปแลนด์ และสวีเดน เนเธอร์แลนด์ และ (b) ในกลุ่มประเทศที่มีการพัฒนากฎเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในความหมายของ Contrat administratif อย่างฝรั่งเศส ซึ่งยอมรับเรื่องความไม่เท่าเทียมระหว่างคู่สัญญาทางปกครอง ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในฐานะของอำนาจทั่วไป กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้กับการปฏิบัติตามสัญญา จึงมีทั้งตัวข้อสัญญา หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญา กฎหมายลายลักษณ์อักษร[63] และกฎหมายปกครองทั่วไปซึ่งรวมถึงการยอมรับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

(2) ที่มาของอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง (Peragotives of the Public Authority) นอกจากกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในกิจการที่สำคัญของรัฐแล้ว ที่มาของอำนาจพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างๆ ยังสามารถจำแนกออกเป็นสองกลุ่มคือ *หนึ่ง* กลุ่มประเทศที่ยอมรับว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมาจากอำนาจทั่วไปของฝ่ายปกครอง เช่นประเทศ ฝรั่งเศส สเปน โปรตุเกส กรีซ บราซิล ชิลี โคลอมเบีย ไต้หวัน และ *สอง* กลุ่มประเทศที่อำนาจฝ่ายเดียวหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมาจากการอาศัยอำนาจจาก “ข้อสัญญามาตรฐาน” ซึ่งมีระเบียบภายในหรือกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องทำสัญญาที่มีเนื้อหาให้อำนาจฝ่ายเดียวแก่ฝ่ายปกครอง เช่น เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ อังกฤษ ซึ่งหากมีการทำสัญญาที่ไม่ได้ระบุให้มีการใช้สิทธิเช่นนั้น ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีสิทธิเหนือคู่สัญญาเอกชนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ถึงกับยอมรับว่าแม้จะไม่มีการกำหนดข้อสัญญามาตรฐานในสัญญาก็ตาม แต่หากในกรณีปกติสัญญาดังกล่าวจะต้องมีการใช้ข้อสัญญามาตรฐานที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้เอกสิทธิ์เช่นนั้นได้แม้จะไม่มีการกำหนดในสัญญาก็ตาม[64]

สหภาพยุโรปไม่ได้มีอิทธิพลให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองของสมาชิกนั้นเปลี่ยนแปลงเข้าหากันมากนัก เนื่องกฎหมายของสหภาพยุโรปได้กำหนดเพียงหลักการกว้างๆในเรื่องการปฏิบัติตามสัญญา ในเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเนื้อหาของสัญญาหรือการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญาและปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญารับช่วง (Sub-contracting) ซึ่งมีผลเป็นการให้ความช่วยเหลือเอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นพิเศษ (state-aid) อันถือเป็นการขัดต่อหลักการค้าที่เสรีเป็นธรรม ซึ่งอาจถือเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในเรื่องของการคัดเลือกคู่สัญญาเท่านั้น ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

1.4.2.3 หลักเกณฑ์ในเรื่องของการระงับข้อพิพาทและการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครอง

การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น โดยหลักย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย ซึ่งอาจจะเป็นการระงับข้อพิพาท

---

[63] ในบางประเทศ เช่น ฟินแลนด์และโปรตุเกส ยังพบลักษณะของการประมวลกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน

[64] คดี US v. Corliss Steam Engine Company, 91 US 321. ดู Michel Fromont, *Infra note,* p.277.

Ref. code: 25595601032187GRS

ด้วยวิธีการทางเลือกเช่นการประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ย การอนุญาโตตุลาการ หรืออาจเป็นการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางศาล ซึ่งสุดแล้วแต่ระบบกฎหมายภายในจะออกแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองเช่นใด

อย่างไรก็ตามด้วยอิทธิพลของกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งกำหนดพันธกรณีให้รัฐจะต้องมีกระบวนการตรวจสอบสัญญาและเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาของสหภาพยุโรป ซึ่งรัฐต่างๆมีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการทำสัญญาภาครัฐ ในรูปแบบที่ต่างกันไป เช่น ใน สหราชอาณาจักร[65] เนเธอร์แลนด์[66] อิตาลี[67] และ กรีซ มีเพียงศาล “เพียงศาลเดียว”เท่านั้น (one court) ที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งในประเทศที่ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ก็จะกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลแพ่ง ในทางกลับกันในประเทศที่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน อำนาจดังกล่าวย่อมเป็นของศาลปกครองเท่านั้น นอกจากนั้นยังมีประเทศที่ใช้ระบบแบบคู่ขนาน (Dual legal system) ที่มีศาล “มากกว่าหนึ่งศาล” ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่นในประเทศเบลเยี่ยมและฝรั่งเศส เพราะสัญญาภาครัฐในประเทศดังกล่าว อาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้ ซึ่งเป็นผลมาจากการมีข้อความคิดเกี่ยวกับ *contrat administratif* นั่นเอง ในเบลเยี่ยม สภาแห่งรัฐและศาลแพ่งต่างมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐขึ้นอยู่กับว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ในทำนองเดียวกับฝรั่งเศส ซึ่งเป็นระบบคู่ขนานเช่นกัน เพียงแต่ปัจจุบันมีการตรากฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองทั้งหมด เช่น ในกรณีของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marché publique) เพื่อตัดปัญหาเกี่ยวกับ

---

[65] ในสหราชอาณาจักร ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอยู่ในอำนาจของ High court ส่วนในสกอตแลนด์อยู่ในอำนาจของ court of session แต่คดีเกิดไม่เยอะส่วนใหญ่จบในชั้นของฝ่ายปกครอง

[66] ในเนเธอร์แลนด์ ศาลแพ่งมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ศาลได้วางหลักว่าในคดีฉุกเฉิน คู่สัญญาผู้ที่มีส่วนได้เสียอาจร้องต่อ council of Arbitration for construction และศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้

[67] ในอิตาลี ศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทุกชนิดและคู่สัญญามีทางเลือกที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ ในกรณีของกรีซหน้าที่ดังกล่าวเป็นของสภาแห่งรัฐ

Ref. code: 25595601032187GRS

การพิจารณาในเรื่องเขตอำนาจศาล ส่วนใน โรมาเนีย[68] เยอรมัน[69] ฮังการี[70] และเดนมาร์ก[71] นั้นใช้ระบบการพิจารณาโดยองค์กรพิเศษ (Specialized review body) ซึ่ง European commission มีแนวโน้มที่จะสนับสนุนให้รัฐภาคีใช้ระบบการตรวจสอบกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดย Specialized review body มากกว่ารูปแบบอื่น[72]

ส่วนแนวคิดในการตรวจสอบสัญญาภาครัฐนั้นมีความหมายกว้างกว่าการตรวจสอบทางศาล เนื่องจากสภาพที่สัญญาของรัฐนั้นเกี่ยวพันกับงบประมาณของรัฐจำนวนมหาศาลซึ่งมาจากภาษีของประชาชน สัญญาภาครัฐจึงต้องอยู่บน หลักการตรวจสอบได้ (accountability)[73] ซึ่งมี

---

[68] ในโรมาเนีย ภายใต้ EGO No.76/2010 *Council* มีอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรที่อิสระ และมีลักษณะที่เป็นกึ่งตุลาการ (administrative-jurisdictional)

[69] ในเยอรมันข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอยู่ในอำนาจของ Public procurement chambers องค์กรนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นศาลในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่ก็มีระบบประกันสิทธิของคู่ความเช่นเดียวกับศาล อ้างใน Martin Burgi, “EU Procurement Rules - A Report about german remedies system” Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Steen Treumer and François Lichère (eds) (Copenhagen : DJØF Publishing, 2011) p.112.

[70] ในฮังการีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอยู่ในอำนาจของ Public Procurement Arbitration Board ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรอิสระทางปกครอง คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวอาจถูกตรวจสอบอีกชั้นหนึ่งโดย Budapest Municipal Court

[71] ในเดนมาร์ก Complaint Board for Public Procurement มีลักษณะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ แต่ไม่มีลักษณะของศาลตามความหมายของสหภาพยุโรป

[72] โปรดดู Peter Trepte, Public procurement in the EU A Practitioner’s Guide, (New York : Oxford University press, 2007) pp.556-557. และ Commission Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward COM(96) 583 final.

[73] หลักการตรวจสอบได้ (accountability) เป็นหัวใจของระบอบประชาธิปไตย รัฐบาลในระบอบประชาธิปไตยใช้อำนาจในนามของประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยสูงสุด ประชาชนสามารถแสดงความเห็นได้โดย การเลือกผู้แทนของตนโดยการเลือกตั้ง อย่างไรก็ตามระบบประชาธิปไตยที่มีสุขภาพดี จะต้องมีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบนโยบายของรัฐบาลในระหว่างสมัยได้ด้วย กลไกการตรวจสอบดังกล่าวได้แก่ (1) กลไกการตรวจสอบภายนอก (external accountability mechanism) คือ การตรวจสอบนโยบายของรัฐด้านการเงินด้วยผู้สอบบัญชีของรัฐ การตรวจสอบโดยกระบวนการทางศาล และ การตรวจสอบด้วยวิธีทางการเมือง โดยการตั้งกระทู้ถามหรือโดยสื่อสารมวลชน และ (2) internal accountability

Ref. code: 25595601032187GRS

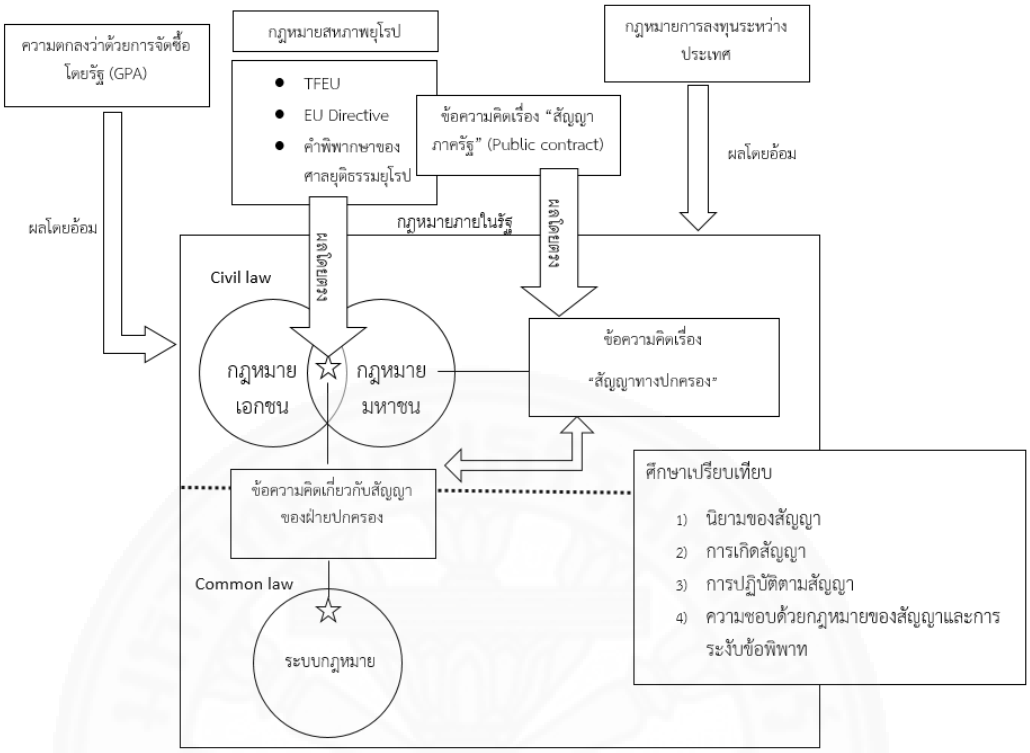
ประเด็นสำคัญสี่ประการ คือ (1) การตรวจสอบได้ในการตัดสินใจการเลือกใช้สัญญา (accountability for the decision to use contract) (2) การตรวจสอบได้ของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (accountability for the procurement process) (3) การตรวจสอบได้โดยการเข้าถึงข้อมูล (access information for public and political accountability) และ (4) การตรวจสอบได้ทางการเงิน (financial accountability) นอกจากนั้นกลไกการตรวจสอบนั้นอาจเป็น การตรวจสอบก่อนทำสัญญา (ex ante) หรือการตรวจสอบหลังทำสัญญา (ex post) ก็ได้ซึ่งการตรวจสอบแต่ละชนิด อาจส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาแตกต่างกันไป สุดแท้แต่ละระบบกฎหมายจะวางกฎกณฑ์ภายในของตนอย่างไร

หลังจากที่ได้ทำความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับขอบเขตของสัญญาของฝ่ายปกครองผ่านการพิจารณาการใช้คำ (terminology) ซึ่งแตกต่างในแต่ละระบบแล้ว จะได้เห็นว่าข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีความเป็นพลวัตร จากลักษณะที่สัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีมูลค่ามหาศาล ทำให้ประชาคมโลกพยายามที่จะลดอุปสรรคในการเข้าถึงตลาดสัญญาของฝ่ายปกครอว และสร้างความกลมกลืนในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการประกันสิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ผ่านทางข้อความคิดใหม่ที่เรียกว่าสัญญาภาครัฐ (Public contract) ซึ่งอาจสรุปได้ดังแผนผังต่อไปนี้

---

mechanism คือกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรของรัฐเอง เช่นการตรวจสอบดุลยพินิจโดยผู้บังคับบัญชา

Ref. code: 25595601032187GRS



ภาพที่ 1.1 แสดงความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาภาครัฐและสัญญาของฝ่ายปกครอง

จากสภาพการณ์เช่นนี้นี้ดูเหมือนว่าข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาภาครัฐ” ของสหภาพยุโรปจะเข้ามา “แทนที่” ข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ที่ถูกพัฒนาขึ้นในฝรั่งเศสเข้าไปในทุกขณะ แม้แต่ฝรั่งเศสเองที่เป็นต้นตำรับของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ต้องปรับตัวไม่น้อย ในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรป จนถึงขนาดมีผู้ตั้งคำถามถึงความจำเป็นในการดำรงอยู่ของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ปรากฏการณ์นี้เป็นที่น่าจับตามองอย่างยิ่ง และสะท้อนกลับมาถึงระบบกฎหมายไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลในเรื่อง “สัญญาทางปกครอง” จากระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาโดยตรงว่า การมีอยู่ของสัญญาทางปกครองนั้น ได้ก่อให้เกิดประโยชน์และสอดคล้องกับกระแสโลกาวิวัฒน์หรือไม่เพียงใด

ดังนั้นในเนื้อหาบทถัดไปทั้งสามบท ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาลึกลงไปถึงระบบของสัญญาภาครัฐในกฎหมายสหภาพยุโรป จากนั้นจึงศึกษาระบบของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แล้วจึงกลับมาศึกษาระบบของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปในบทสุดท้าย ซึ่งเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบและวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

Ref. code: 25595601032187GRS

บทที่ 2
สัญญาภาครัฐ (Public contract) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

กฎเกณฑ์ในเรื่องสัญญาภาครัฐ (Public contract) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นแบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่ (1) กฎเกณฑ์ซึ่งบังคับใช้กับสัญญาภาครัฐของรัฐสมาชิก และ(2) กฎเกณฑ์ซึ่งบังคับใช้กับสัญญาขององค์กรของสหภาพยุโรป (EU Organs) ซึ่งมีเนื้อหาในทำนองเดียวกันกับกฎเกณฑ์ซึ่งบังคับใช้กับรัฐสมาชิกแทบทุกประการ [1]

ในส่วนของการศึกษากฎเกณฑ์เรื่องสัญญาภาครัฐซึ่งบังคับใช้กับสัญญาภาครัฐของรัฐสมาชิกนั้น ย่อมเป็นไปตามแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (EU Directive) ซึ่งกำหนดแนวทางปฏิบัติให้แก่รัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการดำเนินการจัดทำกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป ซึ่งในเรื่องของสัญญาภาครัฐเป็นไปตามแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปที่สำคัญสองกลุ่ม ได้แก่

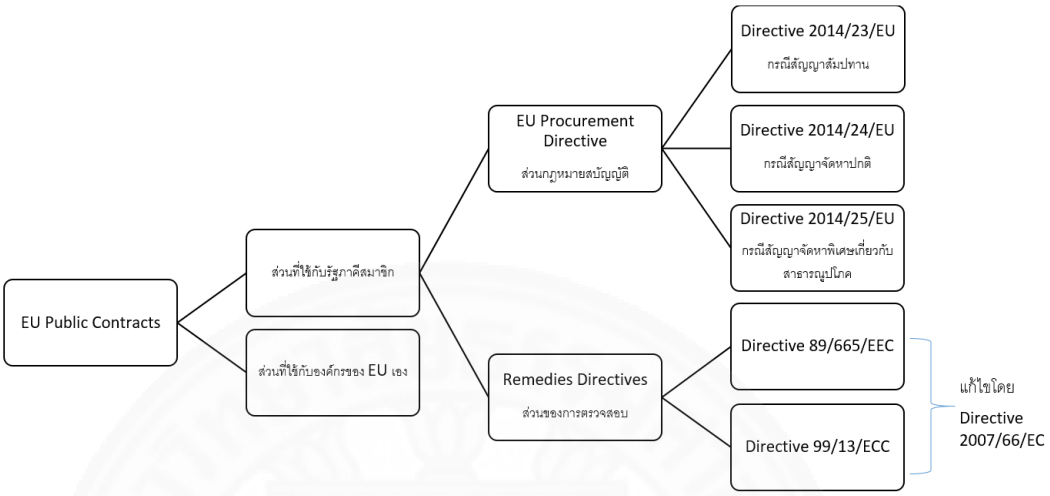
(1) แนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปในเรื่องของการจัดหาภาครัฐ (EU Public Procurement Directives) ซึ่งปัจจุบันประกอบด้วยแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปที่สำคัญจำนวนสามฉบับคือ แนวทางปฏิบัติด้านสัมปทานที่ 2014/23/EU (Concessions Directive) แนวทางปฏิบัติด้านการจัดหาในกิจการทั่วไปที่ 2014/24/EU (Public Procurement Directive) และแนวทางปฏิบัติด้านการจัดหาในกิจการพิเศษและสาธารณูปโภคที่ 2014/25/EU (Utilities Procurement Directive)

---

[1] รายละเอียดโปรดดู Ulrich Stelkens and Hanna Schröder, “Substantive Law applicable to EU Public Contracts”, EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond, ed. Martin Trybus (Belgium : Bruylant, 2014) p. 395-416 ส่วนหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาและตัวอย่างกรณีพิพาท โปรดดู Hans-Joachim Priess, “Award Procedures for EU Institution”, *ibid.* p.416-442 ซึ่งแบ่งการทำสัญญาของสหภาพยุโรปออกเป็น สองประเภทคือ สัญญา EU external aid ซึ่งอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ Cotonou Agreement และสัญญาอื่นๆซึ่งใช้งบประมาณของ EU ส่วนกรณีของกระบวนการตรวจสอบสัญญา ปกติสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับผู้ประกอบการในประเทศที่หน่วยงานของสหภาพยุโรปนั้นประจำการ จะอยู่ในอำนาจของศาลในประเทศนั้นๆ อย่างไรก็ตามสหภาพยุโรปมีหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาจ้างบุคลากรของหน่วยงานของสหภาพยุโรป (les contrats des agents et founctionnaires de l’Union européenne ; employment contract) ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมยุโรป โปรดดู Ulrich Stelkens anf Hanna Schröder, “EU Public Contracts Litigation”, ibid., p. 444

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) แนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปในเรื่องของการตรวจสอบสัญญาภาครัฐและการเยียวยาความเสียหาย (Remedies Directives) ซึ่งได้แก่ แนวทางปฏิบัติที่ 89/665/EEC และแนวทางปฏิบัติที่ 92/13/EEC ประกอบกับแนวทางปฏิบัติที่ 2007/66/EC



ภาพที่ 2.1 แสดงกฎเกณฑ์ในเรื่องสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

ในบทนี้จะทำการศึกษาใน 5 หัวข้อหลัก โดยเริ่มที่พัฒนาการของ EU Directive ที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ จากนั้นจึงศึกษาลึกลงไปในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ของ EU procurement directive เพื่อพิจารณาว่าสัญญาใดจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ EU procurement directives กำหนดบ้าง ก่อนที่จะศึกษารายละเอียดของกฎเกณฑ์แม่แบบของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการตรวจสอบสัญญา ดังนี้

2.1 พัฒนาการของ EU Directive ที่เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ

พัฒนาการของการใช้แนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (Directive) เป็นเครื่องมือในการควบคุมสัญญาภาครัฐอาจแบ่งแยกย่อยได้เป็น 5 ยุค ดังนี้

ในยุคแรก (1962-1985) เริ่มต้นจากปี 1962 สมัยที่สหภาพยุโรปยังคงเป็นประชาคมยุโรป (The European Communities ;EC) สภารัฐมนตรี (Council of ministers) ได้ออกมาตรการเพื่อกำจัดการกีดกันทางการค้าและระบบโควตาภายในในตลาดสัญญาภาครัฐ ส่งผลให้เกิดการออก Directive สองฉบับแรกเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐคือ Directive 66/683/EEC ซึ่งจำกัดห้ามรัฐสมาชิกใช้กฎหมายสนับสนุนการใช้ผลิตภัณฑ์ภายในรัฐ (nation product) หรือการกีดกันผลิตภัณฑ์ต่างชาติในการจัดซื้อโดยรัฐ และ Directive 70/32/EEC บังคับกับสัญญาจัดซื้อตามความต้องการของฝ่ายปกครอง (public supply contracts) Directive ดังกล่าวมีหลักการสำคัญสามประการคือ (1) จะต้องมีการโฆษณาว่าจะมีการทำสัญญาในประชาคมทั้งหมดโดยกว้าง (2)การกำหนดรายละเอียดลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือโครงการ (Specification) โดยเลือกปฏิบัติทางเทคนิคจะกระทำมิได้ และ (3) การคัดเลือกผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอและการเลือกผู้ชนะที่เข้าทำสัญญากับรัฐ (award procedure)

Ref. code: 25595601032187GRS

จะต้องอยู่บนพื้นฐานของเกณฑ์ที่มีความเป็นรูปธรรมที่เป็นภาวะวิสัย (objective criteria) ไม่ใช่การใช้ดุลยพินิจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง (subjective criteria) ในช่วงแรกขอบเขตของ Directive ทั้งสองฉบับดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงกิจการพิเศษที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค (Public utilities) และผลิตภัณฑ์ที่มีต้นกำเนิดนอกประชาคมยุโรป (EC) จนกระทั่งมีการแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วยการออก Directive 80/767/EEC ในปี 1980 จากการที่ประชาคมยุโรปตกลงเข้าร่วม GATT Agreement on Government Procurement ซึ่งภายหลังได้พัฒนามาเป็นข้อตกลง GPA ขององค์การการค้าโลก (WTO) ส่วนสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะของรัฐ (public work) ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของ Directive 71/305/EEC ซึ่งออกในปี 1971

ในยุคที่สอง (1985-1992) ในปี1985 คณะกรรมาธิการยุโรป (The European Commission) ได้ออกสมุดปกขาวในเรื่องของการทำตลาดร่วมภายในให้สมบูรณ์ (White Paper for the Completion of the Internal Market) เพื่อกำหนดแนวปฏิบัติให้รัฐสมาชิกยกเลิกมาตรการกีดกันการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (non-tariff barrier) และสนับสนุนการหมุนเวียนอย่างเสรีของสินค้าและบริการในยุโรป และการบังคับใช้ Single European Act of 1986 ในปีต่อมา จึงก่อให้เกิดการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวการจัดซื้อโดยรัฐของสหภาพยุโรป (EU procurement law) ซึ่งส่งผลให้เกิดการออก Directive 88/295/EEC ในปี 1988 เพื่อแก้ไข Directive ที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อตามความต้องการของฝ่ายปกครอง (public supplies) ที่ผ่านมาทั้งหมด ซึ่งวางหลักการใหม่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกระบวนการจัดหาด้วยวิธีการเสนอราคาแบบเปิด (Open tendering Process) กระบวนการจัดหาด้วยวิธีการต่อรองเจรจา (Negotiation procedure) หลักการเกี่ยวกับแผนการจัดซื้อของฝ่ายปกครองและรายละเอียดการจัดซื้อ การกำหนดคุณสมบัติทางเทคนิคจะต้องเป็นมาตรฐานกลาง (Mutual recognise) เป็นต้น ในยุคนี้ยังมีการออก Directive 89/440/EEC แก้ไข Directive ที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ให้ขอบเขตของ Directive ดังกล่าวขยายไปถึงสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ (Work Concession Contracts) การก่อสร้างโยธาสาธารณะที่รัฐออกเงินช่วยเหลือ (state-subsidized works) เพิ่มหลักเกณฑ์ในกรณีที่ให้กิจการร่วมค้า (Consortium) เป็นคู่สัญญา ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาจัดหาในกิจการพิเศษเกี่ยวกับสาธารณูปโภค (Public utilities) นั้นได้แยกออกมาเป็น Directive 90/351/EEC ในปี 1990 ซึ่งถือเป็น Utilities Directive ฉบับแรกในกิจการเกี่ยวกับน้ำ พลังงาน โทรคมนาคม และ การขนส่งสาธารณะ ซึ่งเป็นกิจการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายซึ่งมีมูลค่ามหาศาล ซึ่งยากที่จะสร้างความกลมกลืนของกฎหมายภายในรัฐสมาชิกเนื่องจากรัฐสมาชิกต่างมีข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับความคุม (regulation) บริการสาธารณะเหล่านี้แตกต่างกันไป ซึ่งสาเหตุที่ประชาคมยุโรปเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายโดยขจัดอุปสรรคในการเข้าถึงตลาดระหว่างรัฐสมาชิก ก็เนื่องมาจากกระแสการเปิดเสรี (liberalization) จากการเจรจา GATT ในรอบอุรุกวัยนั่นเอง ซึ่งทำให้กิจการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายต้องเคารพหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมมากขึ้น ที่สำคัญในยุคนี้ยังมีการออก Directive 89/665/ECC (Public works and supply remedies) และ Directive 92/13/ECC (Public Utilities Remedies) ซึ่งถือเป็นแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปในเรื่องของการตรวจสอบสัญญาภาครัฐและการเยียวยาความเสียหาย (Remedies Directives) เป็นครั้งแรก ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายและการใช้สิทธิทางศาล

Ref. code: 25595601032187GRS

ยุคที่สาม (1992-2003) ในยุคนี้สหภาพยุโรปเริ่มที่จะควบคุมไปถึงกิจการบริการ (Service sector) ทำให้มีการออก Directive 92/50/ECC ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการเปิดเสรีสัญญาบริการที่ทำกับรัฐและสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public sector services) ในทำนองเดียวกับสัญญาจัดซื้อและสัญญาโยธาสาธารณะ และมีการใช้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแบบใหม่ คือ การประกวดออกแบบ (Design Contest) ในสัญญาโยธาสาธารณะ อย่างไรก็ตามขอบเขตของ Directive นี้ยังไม่รวมถึงสัญญาบริการบางชนิด โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการ (service concession)

ยุคที่สี่ (2004-2014) เริ่มต้นเมื่อสหภาพยุโรปมีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐให้มีความง่าย ทันสมัย และเป็นระบบยิ่งขึ้น โดยมีการออก Directive 2004/17/EC ซึ่งเป็นการกำหนดกระบวนการทำสัญญาที่เกี่ยวกับกิจการน้ำ พลังงาน ขนส่งสาธารณะ และไปรษณีย์ และ Directive 2004/18/EC ที่เรียกว่า “Public Sector Directive” ซึ่งเป็นการกำหนดกระบวนการทำสัญญาโยธาสาธารณะ สัญญาจัดซื้อ และสัญญาบริการตามความต้องการของฝ่ายปกครอง ซึ่งเพิ่มกระบวนการจัดหาแบบใหม่คือ การเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) และ การกำหนดกรอบเจรจา (Framework Agreements) นอกจากนั้นในปี 2007 ยังมีการแก้ Remedies Directives ด้วยการออก Directive 2007/66/EC ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ยุคที่ห้า (2014-ปัจจุบัน) ยุคนี้เริ่มต้นขึ้นในวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2014 สหภาพยุโรปได้ออก Directive ฉบับใหม่จำนวนสามฉบับซึ่งบังคับใช้มาถึงปัจจุบัน (2017) ได้แก่ Directive 2014/23/EU (Concessions Directive) บังคับใช้กับสัญญาสัมปทาน, Directive 2014/24/EU (Public Procurement Directive) ซึ่งบังคับใช้แทน Directive 2004/18/EC และ Directive 2014/25/EU (Utiliities Procurement Directive) ซึ่งบังคับใช้แทน Directive 2004/17/EC Directive ซึ่งรัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการอนุวัติการกฎหมายให้มีผลใช้บังคับภายใน 48 เดือน ซึ่งก็คือภายในวันที่ 18 เมษายน 2014 (ยกเว้นพันธกรณีในเรื่องเกี่ยวกับการจัดซื้อโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีกำหนดภายในเดือนกันยายน 2018) ซึ่งมีเนื้อหาสาระเพิ่มเติมในเรื่อง เช่น พันธกรณีด้านสังคมในการทำสัญญาภาครัฐ การคำนึงถึงผู้พิการในการทำสัญญาจัดซื้อหรือบริการสาธารณะของรัฐ เป็นต้น

2.2 ขอบเขตการบังคับใช้ของ EU procurement Directives

การพิจารณาว่าสัญญาใดจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปในเรื่องของการจัดหาภาครัฐทั้งสามฉบับนั้น อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์สองประการประกอบกันคือ (1) เกณฑ์ในเรื่องขององค์กรที่ทำสัญญา (Entity Criteria) และ (2) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา (Material Criteria) ซึ่งอาจพิจารณาได้จากมาตรา 1 ของ Directive ทั้งสามฉบับ ดังนี้

Ref. code: 25595601032187GRS

Directive 2014/23/EU (Concession Directive) มาตรา 1 บัญญัติว่า “Directive ฉบับนี้วางกฎเกณฑ์สำหรับกระบวนการจัดหาซึ่งทำโดย “ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา” (contracting authority) และ “องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา” (contracting entities) ในความหมายของสัมปทาน (Concession) ที่มีมูลค่าของสัญญา (threshold) ไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 8”[2]

Directive 2014/24/EU (Public Procurement Directive) มาตรา 1 บัญญัติว่า “Directive ฉบับนี้วางกฎเกณฑ์สำหรับกระบวนการจัดหาซึ่งทำโดย ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authority) ในความหมายของ สัญญาภาครัฐ (public contracts) และ การประกวดออกแบบ (design contests) ที่มีมูลค่าของสัญญาไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 4”[3]

Directive 2014/25/EU (Utilities Directive) มาตรา1 บัญญัติว่า “Directive ฉบับนี้วางกฎเกณฑ์สำหรับกระบวนการจัดหา (procedures for procurements) ซึ่งทำโดย “องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา” (contracting entities) ในความหมายของสัญญา (contracts) และ การประกวดออกแบบ (design contests) ที่มีมูลค่าของสัญญาไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 15[4]

ขอบเขตของ Directive ทั้งสามฉบับในเรื่องขององค์กรผู้ทำสัญญานั้นแตกต่างกันทั้งสิ้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาความแตกต่างระหว่าง ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting authority) และ องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) เสียก่อน

---

[2] Article 1 Directive 2014/23/EU “This Directive establishes rules on the procedures for procurement by contracting authorities and contracting entities by means of a concession, whose value is estimated to be not less than the threshold laid down in Article 8”

[3] Article 1 Directive 2014/24/EU “This Directive establishes rules on the procedures for procurement by contracting authorities with respect to public contracts as well as design contests, whose value is estimated to be not less than the thresholds laid down in Article 4”

[4] Article 1 Directive 2014/25/EU “This Directive establishes rules on the procedures for procurement by contracting entities with respect to contracts as well as design contests, whose value is estimated to be not less than the thresholds laid down in Article 15”

Ref. code: 25595601032187GRS

ส่วนขอบเขตในเรื่องของวัตถุแห่งสัญญานั้นอาจแบ่งได้เป็นสองประเภทคือ วัตถุของสัญญาเป็นเรื่องสัมปทาน (Concession) ตาม Directive 2014/23/EU และวัตถุของสัญญาเป็นเรื่องการจัดหา (Procurement) ซึ่งได้แก่ Directive 2014/24/EU และ Directive 2014/25/EU

ซึ่งหากพิจารณาลงไปในนิยามของการจัดหา (Procurement) ตาม Directive ทั้งสองฉบับนี้จะพบความแตกต่างในสาระสำคัญกล่าวคือ:

"การจัดหา" ตาม Directive 2014/24/EU คือ "การที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting authority) ได้มาซึ่งงานโยธาสาธารณะ (works) พัสดุ (supplies) และบริการ (services) จากการทำสัญญาภาครัฐ (public contracts) กับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจซึ่งถูกคัดเลือก ไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อมหาชนหรือไม่ก็ตาม"[5]

ส่วน "การจัดหา" ตาม Directive 2014/25/EU คือ "การที่องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) ได้มาซึ่งงานโยธาสาธารณะ พัสดุ และบริการ ด้วยการทำสัญญา (Contract) กับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจซึ่งถูกคัดเลือก โดยที่การจัดหา งานโยธาสาธารณะ พัสดุ และบริการนั้นมีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับกิจกรรมพิเศษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 ถึง 14" [6] ซึ่งได้แก่ กิจกรรมเกี่ยวกับก๊าซ ความร้อน ไฟฟ้า น้ำ การขนส่งมวลชน ท่าเรือและอากาศยาน การไปรษณีย์ การสำรวจและสกัดน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ ถ่านหิน และเชื้อเพลิงแข็ง ซึ่งมีความสำคัญเป็นพิเศษ

การระบุขอบเขตบังคับใช้ของ Directive ทั้งสอง จึงจำเป็นจะต้องศึกษาความหมายของสัญญาโยธาสาธารณะ สัญญาจัดพัสดุ และสัญญาจัดหาบริการ ซึ่งมีนิยามพิเศษ

2.2.1 หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กรผู้ทำสัญญา (Entity Criteria)

Directive ทั้งสามฉบับได้กำหนดนิยามของ "ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา" (Contracting authority) ไว้ในทำนองเดียวกัน[7] ว่าได้แก่ รัฐ (State) ภูมิภาค (regional authorities)

---

[5] มาตรา 1 วรรคสอง Directive 2014/24/EU "Procurement within the meaning of this Directive is the acquisition by means of a public contract of works, supplies or services by one or more contracting authorities from economic operators chosen by those contracting authorities, whether or not the works, supplies or services are intended for a public purpose"

[6] มาตรา 1 วรรคสองของ Directive 2014/25/EU "Procurement within the meaning of this Directive is the acquisition by means of a supply, works or service contract of works, supplies or services by one or more contracting entities from economic operators chosen by those contracting entities, provided that the works, supplies or services are intended for the pursuit of one of the activities referred to in Articles 8 to 14"

[7] มาตรา 6 ของ Directive 2014/23/EU, มาตรา 2 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา3 ของ Directive 2014/25/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (local authorities) และ องค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน (bodies governed by public law) หรือ องค์กรร่วม[8] (associations) ใดๆซึ่งก่อตั้งหรือร่วมก่อตั้งโดยหน่วยงานดังกล่าว[9]

ในมาตราเดียวกันยังได้ระบุนิยามของคำว่า "องค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน" (bodies governed by public law) นั้น หมายความว่า องค์กรใดๆก็ตามซึ่งมีวัตถุประสงค์เฉพาะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ โดยไม่มีวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะเป็นด้านพาณิชกรรมหรืออุตสาหกรรม ซึ่งมีสถานะนิติบุคคล และ เป็นองค์กรที่ได้รับการสนับสนุนด้านการเงินส่วนใหญ่ (for most part) จากรัฐ ส่วนภูมิภาค องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนองค์อื่น หรือ เป็นองค์การได้รับการกำหนดนโยบายด้านการบริหารภายใต้การควบคุมของหน่วยงานดังกล่าว หรือ เป็นองค์กรที่มีคณะกรรมการบริหารจัดการหรือควบคุมกิจการที่มีที่มาจากการแต่งตั้งโดยรัฐ ส่วนภูมิภาค องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนองค์อื่น การนิยามองค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนขึ้นใหม่ในปี 2014 นี้นับเป็นการปรับเอาการตีความของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปเข้ามาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในคดี *Mannesmann Anlagenbau Austria and Others*[10] ซึ่งเป็นคดีแรกที่ศาลกำหนดนิยามลักษณะสามประการของ "bodies governed by public law" กล่าวคือมีวัตถุประสงค์เฉพาะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ โดยไม่มีวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะเป็นด้านพาณิชกรรมหรืออุตสาหกรรม มีสถานะนิติบุคคล และความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับนิติบุคคลมหาชน และจากคดี *University of Cambridge*[11] ซึ่งวางหลักในเรื่องของการควบคุมโดยนิติบุคคลมหาชน (Public control) มีอยู่ด้วยกันสามรูปแบบ คือด้านการเงิน (financial control), การบริหารจัดการ (managerial control) และอำนาจการตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร (control through the members of the board) ในคดีนี้ศาลยังวางหลักว่าคำว่าการสนับสนุนด้านการเงินส่วนใหญ่ (for most part) ใน directive นั้นแปลว่ามีการสนับสนุนด้านการเงินมากกว่าครึ่งหนึ่ง (more than half) โดยคำนวณจากรายได้ทั้งหมดเป็นสัดส่วนเทียบกับที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ตามหลักการ Public financing[12]

---

[8] Association ในที่นี้ความหมายอย่างกว้าง อาจแปลได้ว่า สมาคม,บริษัท,การร่วมกัน, ความสัมพันธ์, สันนิบาตพันธมิตร หรือ สหภาพ

[9] "The State, regional or local authorities, bodies governed by public law or associations formed by one or more such authorities or one or more such bodies governed by public law."

[10] Case C-44/96 , *Mannesmann Anlagenbau Austria and Others* [1998] ECR-I 73 อ้างใน Rozen Noguellou,"Scope and Coverage of the EU procurement Directives", EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p.17

[11] Case C380/98, *University of Cambridge* [2000] ECR I-8035. อ้างใน *ibid*

[12] Case C380/98, University of Cambridge [2000] ECR I-8035. Paragraph 21 อ้างใน *ibid*

Ref. code: 25595601032187GRS

นิยามของ “ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา” (Contracting authority) นั้นเพียงพอต่อการระบุเกณฑ์ในเชิงองค์กรอันเป็นขอบเขตของ Directive 2014/24/EU (Public Procurement Directive) เท่านั้น แต่ไม่เพียงพอสำหรับ Directive 2014/25/EU (Utilities Directive) และ Directive 2014/23/EU (Concession Directive) ซึ่งต้องใช้นิยามของ องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) ซึ่งนิยามที่ต่างกันไปในกฎหมายทั้งสองฉบับ

ใน Directive 2014/25/EU (Utilities Directive) *องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา* (contracting entities) ตามมาตรา 4 หมายถึง เป็นองคภาวะที่ (a) เป็นฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authorities) หรือเป็น *กิจการในการควบคุมของฝ่ายปกครอง* (public undertaking)[13] ซึ่งประกอบกิจกรรมตามมาตรา 8 ถึง 14[14] หรือ (b) เป็นองคภาวะที่ไม่ใช่ทั้งฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authorities) และ กิจการในการควบคุมของฝ่ายปกครอง (public undertaking) แต่ประกอบกิจกรรมตามมาตรา 8 ถึง 14 และ เป็นองคภาวะที่บริหารจัดการบนฐานของ *สิทธิพิเศษหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว* (special or exclusive right)[15] ซึ่งให้โดยผู้มีอำนาจรัฐ

แสดงให้เห็นว่า “องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา” ตาม Directive 2014/25/EU (Utilities Directive) อาจเป็นนิติบุคคลเอกชนก็ได้ ทำให้ขอบเขตของ Directive ฉบับดังกล่าวครอบคลุมถึงสัญญาจัดซื้อจัดหา สัญญาจ้างบริการ หรืองานโยธาสาธารณะในกิจกรรมพิเศษซึ่งทำโดยนิติบุคคลเอกชนซึ่งอยู่ในการควบคุมของรัฐ เป็นสาเหตุที่ที่ว่าในบทนิยามของ “การจัดหา” Directive

---

[13] มาตรา 4 วรรคสอง ได้กำหนดนิยามของ *กิจการในการควบคุมของฝ่ายปกครอง* (Public undertaking) ว่า “กิจการใดๆที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจเข้าทำสัญญา (contracting authorities) สามารถมีอิทธิพลเหนือกิจการนั้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ลักษณะที่เป็นเจ้าของกิจการนั้น, การมีส่วนร่วมในระบบการเงิน หรือสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆเหนือกิจการนั้นได้” ซึ่งการมีอิทธิพลเหนือกิจการสามารถพิจารณาได้จากทุนส่วนใหญ่ของกิจการนั้น การควบคุมเสียงส่วนใหญ่ผู้มีอำนาจตัดสินใจในกิจการ หรืออำนาจในการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการ

[14] ซึ่งก็คือการจัดหา (procurement) ในกิจกรรมเกี่ยวกับก๊าซ ความร้อน ไฟฟ้า น้ำ การขนส่งมวลชน ท่าเรือและอากาศยาน การไปรษณีย์ การสำรวจและสกัดน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ ถ่านหินและเชื้อเพลิงแข็ง

[15] มาตรา 4 วรรคสาม *สิทธิพิเศษหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว* (special or exclusive right) ในความหมายของ directive ฉบับนี้ หมายถึง สิทธิซึ่งได้ให้โดยผู้มีอำนาจในรัฐสมาชิกด้วยการออกกฎหมาย กฎ หรือมาตรการของฝ่ายปกครองที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดตัวผู้มีอำนาจประกอบกิจกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 ถึง 14 ซึ่งส่งผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญกับผู้ประกอบการรายอื่นที่จะประกอบกิจกรรมนั้น ซึ่งนิยามนี้ไม่รวมถึงการใช้กระบวนการจัดหา (procurement procedures) ซึ่งเป็นการเรียกผู้มีคุณสมบัติมาก่อน (prior call for competition) ตาม Directive ทั้งสามฉบับ และไม่นับรวมกระบวนการซึ่งให้สิทธิพิเศษบางประการ (legal acts of Union) ที่กำหนดไว้ใน Annex II ข้อ (a)-(e)

Ref. code: 25595601032187GRS

2014/25/EU ไม่ได้ใช้คำว่า “สัญญาภาครัฐ” (Public contract) แต่กลับใช้คำว่า “สัญญา” (contract)

ส่วนในกรณีของ Directive 2014/23/EU (Concession Directive) *องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา* (contracting entities) ได้ถูกนิยามไว้ในมาตรา 7 ได้แก่องคภาวะซึ่งประกอบกิจกรรมตามภาคผนวกสอง (Annex II) [16] และเป็นผู้ให้สัมปทานเกี่ยวกับกิจกรรมเหล่านั้นและจะต้องเป็นองคภาวะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ (a) รัฐ ส่วนภูมิภาค องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน (bodies governed by public law) หรือ องค์กรร่วม (associations) ใดๆซึ่งก่อตั้งหรือร่วมก่อตั้งโดยหน่วยงานดังกล่าว หรือ (b) กิจการในการควบคุมของฝ่ายปกครอง (public undertaking) ตามวรรคสี่ของมาตรานี้ หรือ (c) องคภาวะอื่นๆที่ไม่ใช่ที่กล่าวไว้ใน (a) หรือ (b) แต่บริหารจัดการบนฐานของ *สิทธิพิเศษ* (special right)[17] หรือ *สิทธิแต่เพียงผู้เดียว* (exclusive right)[18] ซึ่งให้ไว้เพื่อการประกอบกิจกรรมตามภาคผนวกสอง (Annex II)

จากนิยามดังกล่าวแสดงให้ว่า Directive 2014/23/EU (Concession Directive) บังคับใช้กับการให้สัมปทาน (award of concession) โดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting authority) ในสัมปทานงานโยธาสาธารณะและสัมปทานบริการสาธารณะทั่วไป และยังบังคับใช้กับการให้สัมปทานโดย *องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา* (contracting entities) ในในสัมปทานงานโยธาสาธารณะและสัมปทานบริการสาธารณะในกิจกรรมพิเศษตาม Annex II ซึ่งเป็นกิจการที่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ (economic regulation) โดยรัฐเป็นพิเศษ[19]

---

[16] กิจกรรมพิเศษตาม Annex II ได้แก่ สัมปทานการจัดหา การผลิต การดูแลรักษาและบริหารโครงข่ายในกิจการเกี่ยวกับ ก๊าซ ความร้อน ไฟฟ้า สัมปทานการขนส่งมวลชนอันได้แก่ รถไฟ ระบบอัตโนมัติ รถราง รถโดยสาร หรือกระเช้าโดยสาร สัมปทานการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ท่าอากาศยาน ท่าเรือ หรือสถานีต่างๆ สัมปทานเกี่ยวกับการไปรษณีย์ สัมปทานการสำรวจและสกัดน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ ถ่านหิน และเชื้อเพลิงแข็ง ซึ่งใน Annex II จะกำหนดนิยามและอัตราส่วนพิเศษบางประการ

[17] “สิทธิพิเศษ” ตาม มาตรา 5(11) หมายถึงสิทธิซึ่งได้ให้โดยสิทธิซึ่งได้ให้โดยผู้มีอำนาจในรัฐสมาชิก ด้วยกฎหมาย กฎ หรือมาตรการของฝ่ายปกครองซึ่งสอดคล้องกับ TFEU ซึ่งส่งผลให้เกิดการจำกัดการประกอบกิจกรรมให้อยู่ที่ผู้ประกอบการสองรายหรือมากกว่าและส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่กิจการนั้น

[18] “สิทธิแต่เพียงผู้เดียว" ตามมาตรา 5 (10) หมายถึงสิทธิซึ่งได้ให้โดยผู้มีอำนาจในรัฐสมาชิกด้วยกฎหมาย กฎ หรือมาตรการของฝ่ายปกครองซึ่งสอดคล้องกับ TFEU ซึ่งส่งผลให้เกิดการจำกัดการประกอบกิจกรรมให้อยู่ที่ผู้ประกอบการเดียวและส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่กิจการนั้น

[19] ข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับกิจการ (regulate) โปรดดู ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล, “ปัญหาทางกฎหมายขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระที่ทำหน้าที่กำกับกิจการทางเศรษฐกิจในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557)

Ref. code: 25595601032187GRS

2.2.2 หลักเกณฑ์ในเชิงเนื้อหาของสัญญา (Material Criteria)

2.2.2.1. เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาตาม Directive 2014/24/EU (Public Procurement Directive)

Directive 2014/24/EU (Public Procurement Directive) จะมีขอบเขตบังคับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะสามประการดังต่อไปนี้

(1) มีลักษณะความเป็น "สัญญาภาครัฐ" (Public Contract) เนื่องจาก Directive 2014/24/EU บังคับใช้กับความสัมพันธ์ทางสัญญาเท่านั้น โดยไม่บังคับใช้กับความสัมพันธ์จากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งนิยามความเป็นสัญญาภาครัฐ (public contract) ในความหมายอย่างแคบตาม Directive นี้ ได้ถูกนิยามไว้ใน มาตรา2 (5)[20] กล่าวคือหมายถึง "สัญญาซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (pecuniary interest) ซึ่งทำเป็นหนังสือ[21]ระหว่างผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจและหน่วยงานฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา โดยมีจุดประสงค์ในการดำเนินกิจการโยธาสาธารณะ การจัดซื้อจัดหา หรือการจัดจ้างบริการ" ดังที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้วางหลักในคดี *Commission v. Ireland*[22] ว่า Public Procurement Directive ไม่บังคับใช้กับกรณีกับความสัมพันธ์ที่ฝ่ายเอกชนไม่มีอำนาจเลือกใดๆเลย นอกจากตกลงตามที่รัฐเรียกร้องในเรื่องของการถูกเก็บภาษีจากรัฐซึ่งไม่ได้อยู่ในความสัมพันธ์ในรูปแบบสัญญา ซึ่งศาลได้ขยายความต่อมาในคดี *Asciación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*[23] ในปีเดียวกันว่า Public Procurement Directive ไม่บังคับใช้กับกรณีที่รัฐใช้อำนาจปกครองบังคับการฝ่ายเดียวกับเอกชน

(2) มีมูลค่าของสัญญา (Thresholds) ตามเกณฑ์ที่กำหนด การคำนวณมูลค่าของสัญญาจะต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเป็นเกี่ยวกับกิจการโยธาสาธารณะ จัดซื้อจัดหาหรือจัดจ้างบริการ เนื่องจากสัญญาแต่ละชนิดจะมีขีดมูลค่าขั้นต่ำที่สัญญาจะอยู่ภายใต้ Directive ไม่เท่ากัน นอกจากนั้นยังต้องพิจารณาว่าหน่วยงานที่ทำสัญญาเป็นหน่วยงานส่วนกลาง (central

---

[20] Article 2 (5) 'public contracts' means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services

[21] Article 2 (18) 'written' or 'in writing' means any expression consisting of words or figures which can be read, reproduced and subsequently communicated, including information transmitted and stored by electronic means

[22] Case C-532/03, Commission v. Ireland [2007] ECR I-11353

[23] Case C-220/06, Asciación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia [2007] ECR I- 12175

Ref. code: 25595601032187GRS

government authorities)[24] หรือส่วนที่ไม่ใช่ส่วนกลาง (sub-central contracting authorities)[25] อีกด้วย

ในกรณีของสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นส่วนกลาง (central government authorities) สัญญาที่อยู่ในขอบเขตของ Directive 2014/24/EU จะได้แก่ สัญญาก่อสร้างโยธาสาธารณะ (Public work contracts) และสัญญาให้เงินช่วยอุดหนุนการก่อสร้าง (subsidised work contracts)[26] ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 5,225,000 € ขึ้นไป, สัญญาบริการที่เกี่ยวกับสังคม (Services concerning Social) และสัญญาบริการเฉพาะที่กำหนดไว้ใน Annex XIV ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 750,000 € ขึ้นไป, สัญญาให้เงินช่วยอุดหนุนการจัดบริการ subsidised service ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 209,000 € ขึ้นไป, สัญญาจ้างบริการอื่นๆ สัญญาจ้างออกแบบ (design contest)[27] และ สัญญาจัดซื้อจัดหาตามความต้องการของฝ่ายปกครอง (supplies contracts) ที่ไม่ได้อยู่ในลักษณะเกี่ยวกับความมั่นคง (field of defence) ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 135,000 € ขึ้นไป

ในกรณีของสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่ส่วนกลาง (sub-central contracting authorities) สัญญาที่อยู่ในขอบเขตของ Directive 2014/24/EU ได้แก่สัญญาก่อสร้างโยธาสาธารณะและสัญญาให้เงินช่วยอุดหนุนการก่อสร้าง (subsidised work contracts) ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 5,225,000 € ขึ้นไป,สัญญาบริการที่เกี่ยวกับสังคม (Services concerning Social) และ สัญญาบริการเฉพาะที่กำหนดไว้ใน Annex XIV ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 750,000 € ขึ้นไป และ สัญญาจ้างบริการอื่นๆทุกชนิด สัญญาจ้างออกแบบทุกชนิด สัญญาให้เงินช่วยอุดหนุนการจัดบริการ (subsidised service)[28] ทุกชนิด และ สัญญาจัดซื้อจัดหาตามความต้องการของฝ่ายปกครองทุกชนิด (supplies contracts) ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 209,000 € ขึ้นไป

การกำหนดมูลค่าของสัญญาดังกล่าวยึดถือตาม Commission Delegated Regulation 2015/2171 ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มแล้ว มูลค่าของสัญญาจะถูกทบทวนในทุกๆสองปีตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปนัยยะของมาตรา 6 ของ Directive 2014/24/EU

---

[24]Article 2(2) ‘central government authorities’ means the contracting authorities listed in Annex I and, in so far as corrections or amendments have been made at national level, their successor entities;

[25] Article 2(3) ‘sub-central contracting authorities’ means all contracting authorities which are not central government authorities;

[26] ตาม Article 13 (a)

[27] Article 2(21) ‘design contests’ means those procedures which enable the contracting authority to acquire, mainly in the fields of town and country planning, architecture and engineering or data processing, a plan or design selected by a jury after being put out to competition with or without the award of prizes;

[28] ตาม Article 13 (b)

Ref. code: 25595601032187GRS

(3) มีวัตถุของสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ จัดจ้างบริการหรือการจัดหาพัสดุซึ่งมีนิยามของวัตถุแห่งสัญญาแต่ละชนิดดังต่อไปนี้

(a) สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Public works contracts) ตามมาตรา 2 (6) ของ Directive 2014/24/EU ได้ให้นิยามของสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะไว้ว่าเป็นสัญญาภาครัฐ (Public contract มาตรา2 (5)) ที่มีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ (a) การดำเนินการหรือการดำเนินการและออกแบบงานโยธาสาธารณะ (work)[29] ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ระบุไว้เฉพาะใน Annex II (b) การดำเนินการหรือการดำเนินการและออกแบบงานโยธาสาธารณะทั่วไป (c) เป็นการรับผลประโยชน์จากสินทรัพย์ (realisation)[30] ไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตามอันเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ซึ่งเป็นไปตามการกำหนดรายละเอียดโครงการของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาในเรื่องของชนิดหรือแบบของงานโยธาสาธารณะ ซึ่งในกรณีของมาตรา 2 (6)(c) นั้นเป็นหลักการที่มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปคดี *Helmut Müller*[31] ซึ่งวางหลักในเรื่องของ *ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรง* (direct economic benefit) กล่าวคือ หากเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นเจ้าของงานโยธาสาธารณะนั้น, เป็นกรณีทีฝ่ายปกครองมีสิทธิตามกฎหมายในการใช้งานโยธาสาธารณะนั้นหรือเพื่อที่จะให้ประชาชนทั่วไปสามารถใช้ประโยชน์อันเกิดจากโยธาสาธารณะนั้นได้ หรือ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้รับผลประโยชน์เป็นตัวเงินจากการใช้หรือโอนกรรมสิทธิ์ในผลของงานโยธาสาธารณะนั้นในอนาคต ซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรงดังกล่าวจะต้องเป็นผลสัมพัทธ์มาจากการกำหนดรายละเอียดโครงการ (requirement specified) โดยฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลตีความว่าหมายความว่าฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดมาตรการ รูปแบบของงาน หรืออย่างน้อยที่สุดจะต้องมีอิทธิพลอย่างสูง (decisive influence) ต่อการออกแบบ (design) โครงการ[32] ซึ่งจะเห็นได้ว่าอิทธิพลจากแนวคิดเรื่อง *ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรง* เพียงบางส่วนเท่านั้นที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในการแก้ไข directive ปี 2014

(b) สัญญาจัดจ้างบริการ (Public services contracts) ตามมาตรา 2 (9) ของ Directive 2014/24/EU ซึ่งได้ให้นิยามของสัญญาจ้างบริการว่าเป็นสัญญาภาครัฐ (Public contract ตามมาตรา2 (5)) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการจัดหาบริการซึ่งไม่ใช่สัญญาที่กล่าวถึงใน มาตรา 2(6) (ซึ่งก็คือสัญญางานโยธาสาธารณะนั่นเอง)[33] อย่างไรก็ตามมีสัญญาจ้างบริการบางประเภทอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษซึ่งมีความเข้มงวดน้อยกว่าปกติ (light-touch regime) ซึ่งได้แก่สัญญาจ้างบริการที่

---

[29] Article 2(7) “งาน” (work) หมายถึงผลลัพธ์อันได้แก่สิ่งก่อสร้าง หรืองานโยธาสาธารณะโดยรวม

[30] โดยหลักแล้วคำว่า realization นั้นแปลว่าการแปลงสภาพสินทรัพย์ให้เป็นทุนหรือเงินสด

[31] Case C-451/08, Helmut Müller GmbH [2001] ECR I-2673 ดู Rozen Noguellou, *supra note,* p.30

[32] *Ibid.*

[33] Article 2(9) ‘public service contracts’ means public contracts having as their object the provision of services other than those referred to in point 6

Ref. code: 25595601032187GRS

เกี่ยวกับสังคม สุขภาพ และ การศึกษา (social, health and education services) ซึ่งมูลค่าของสัญญาที่จะอยู่ภายใต้ขอบเขตของ Directive นี้จะสูงกว่าปกติ ทำให้มีการผ่อนปรนหลักการในเรื่องของการทำสัญญาลง โดยรัฐสมาชิกไม่ต้องทำสัญญาดังกล่าวโดยยึดหลักตาม Directive นี้ รัฐเพียงแค่เคารพหลักความโปร่งใสและไม่เลือกปฏิบัติเป็นพื้นฐานก็เพียงพอแล้ว

(c) สัญญาจัดหาพัสดุ (Public supply contracts) ตามมาตรา 2 (8) ของ Directive 2014/24/EU ที่ได้ให้นิยามของสัญญาจัดหาพัสดุว่าเป็น สัญญาภาครัฐ (Public contract ตามมาตรา 2 (5)) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการซื้อ เช่า หรือ เช่าซื้อซึ่งอาจมีหรือไม่มีการซื้อผลิตภัณฑ์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาตามมาก็ได้ และรวมถึงการดำเนินการติดตั้งอันเป็นผลต่อเนื่องมาจากการจัดหาพัสดุดังกล่าว[34]

อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นให้สัญญาหลายลักษณะไม่ตกอยู่ภายใต้การขอบเขตการบังคับของ Directive 2014/24/EU เนื่องจากการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐบางเรื่องโดยสภาพของเรื่องไม่เกี่ยวข้องกับหลักพื้นฐานที่สหภาพยุโรปมุ่งคุ้มครอง เป็นเรื่องที่รัฐสงวนไว้เป็นพิเศษหรือเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ Directive ฉบับอื่นๆ ข้อยกเว้นเหล่านี้บัญญัติในมาตรา 7 ถึง 12 ของ Directive 2014/24/EU ได้แก่

- สัญญาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ Directive 2014/25/EU (มาตรา 7)

- สัญญาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ electronic communications Directive 2002/21/EC (มาตรา 8)

- สัญญาที่ทำขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ในกรณีที่เป็นสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐสมาชิกกับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปซึ่งต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคี หรือเป็นกรณีที่เป็นการทำสัญญากับองค์การระหว่างประเทศหรือกับสถาบันการเงินระหว่างประเทศ (มาตรา 9)

- สัญญาครอบครองหรือเช่าที่ดิน อาคารหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นๆ และสัญญาในเรื่องสิทธิที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเกี่ยวกับการผลิตสื่อวิทยุโทรทัศน์หรือการแพร่ภาพกระจายเสียงตาม Directive 2010/13/EU สัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและประนีประนอมยอมความ สัญญาเกี่ยวกับการให้บริการทางกฎหมาย[35] สัญญาให้บริการปรึกษาด้านการเงิน สัญญากู้ยืมและการให้หลักประกันทางการเงิน สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเกี่ยวกับการป้องกันภัยสาธารณะ

---

[34] Article 2 (8) ‘public supply contracts’ means public contracts having as their object the purchase, lease, rental or hire-purchase, with or without an option to buy, of products. A public supply contract may include, as an incidental matter, siting and installation operations

[35] รายละเอียดโปรดดูมาตรา 10 (d) (i)-(v)

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยองค์กรการกุศลและสมาคม[36] ซึ่งอยู่ภายใต้ CPV codes[37] 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 และ 85143000-3 ยกเว้นการให้บริการในเรื่องรถพยาบาล สัญญารับขนส่งผู้โดยสารสาธารณะโดยรถไฟหรือรถไฟฟ้า และสัญญาเกี่ยวกับการรณรงค์ทางการเมือง (political campaign services)[38] ซึ่งอยู่ภายใต้ CPV codes 79341400-0, 92111230-3 and 92111240-6 ที่จัดทำโดยพรรคการเมืองในบริบทของการหาเสียงเลือกตั้ง (มาตรา 10)

- สัญญาบริการ (public service contract) ซึ่งทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authority) กับ ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาอีกหน่วยหนึ่ง (another contracting authority) หรือ กับองค์กรที่มีลักษณะเป็นการร่วมมือระหว่างองค์กร (association of contracting authority) บนพื้นฐานของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right)[39] ซึ่งเกิดขึ้นจากกฎหมาย หรือมาตรการของฝ่ายปกครองที่สอดคล้องกับ TFEU (มาตรา 11)

- สัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญากับหน่วยงานภายในของตน (entities within the public sector) (มาตรา 12 วรรคหนึ่งถึงสาม) ซึ่งมีลักษณะที่เรียกว่า In-house contracting กล่าวคือ ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authority) สามารถควบคุมองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตนในลักษณะที่เสมือนกับควบคุมแผนกหรือองค์กรภายในของตน ซึ่งกิจกรรมของนิติบุคคลที่ถูกควบคุมนั้นเกี่ยวกับภารกิจที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญามากกว่าร้อยละ 80 และไม่มีลักษณะของการร่วมทุนของเอกชนเลย นอกจากนั้นยังรวมถึงกรณีสัญญาที่นิติบุคคลที่ถูกควบคุมนั้นทำกับนิติบุคคลอื่นที่ถูกควบคุมโดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจสัญญาเช่นเดียวกัน (another legal person controlled by the same

---

[36] องค์กรการกุศลและสมาคมซึ่งทำหน้าที่ป้องกันภัยสาธารณะ และไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร อาจมีลักษณะเป็น Contracting authority ตาม Directive 2014/24/EU ได้

[37] ประมวลศัพท์สามัญสำหรับการจัดหา (Common Procurement Vocabulary Code) ออกโดยสหภาพยุโรป ฉบับล่าสุดคือปี 2007

[38] เนื่องจากบางประเทศพรรคการเมืองมีสถานะเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน (bodies governed by public law) ตาม Directive 2014/24/EU ซึ่งอาจมีลักษณะเป็น Contracting authority ได้

[39] สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) เป็นเอกสิทธิ (prerogative) ที่เจ้าของสิทธิดังกล่าวมี ในความสามารถกระทำการหรือได้ประโยชน์บางอย่างแต่เพียงผู้เดียวซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการผูกขาด (Monopoly) ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์หรือทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตามในบริบทนี้หมายถึง สิทธิซึ่งได้ให้กับผู้ประกอบการ โดยผู้มีอำนาจในรัฐสมาชิก ด้วยการออกกฎหมาย กฎ หรือมาตรการของฝ่ายปกครองให้สิทธินั้น ถือเป็นข้อยกเว้นซึ่งจะต้องสอดคล้องกับ TFEU (กล่าวคือต้องได้สัดส่วน) ส่งผลให้เกิดการจำกัดการประกอบกิจกรรมให้อยู่ที่ผู้ประกอบการเดียว และส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นในความสามารถในการเข้าสู่ตลาดกิจการนั้น

Ref. code: 25595601032187GRS

contracting authority) อีกชั้นหนึ่งด้วย ข้อความคิดนี้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี *Teckel* [40] ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักว่า Public Sector Directive จะใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีคู่สัญญาสองฝ่ายที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากกันและไม่มีการใช้อำนาจคาบเกี่ยวกัน (exercise over) เท่านั้น อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยคดี *Teckel* คือการระบุขอบเขตของ *In-house contracting* โดยเฉพาะปัญหาที่ว่า จะต้องนับรวมบริษัทเอกชนซึ่งเป็นบริษัทลูกของรัฐว่าเป็นกรณีที่มีรัฐมีการใช้อำนาจคาบเกี่ยว (exercise over) หรือไม่ กล่าวคือเกิดคำถามที่ว่า หากรัฐทำสัญญาซื้อพัสดุจากบริษัทเอกชนซึ่งเป็นบริษัทลูกของตนซึ่งรัฐถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 จะถือว่าเป็นการทำ In-house contracting อันไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตข้อบังคับของ Directive หรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้แก้ปัญหาด้วยการวางหลักในคดี *Stadt Halle*[41] ที่มาเติมช่องว่างหลังคดี *Teckel* ว่าหลักเรื่อง in-house contract จะต้องถูกตีความอย่างแคบเป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือจะต้องเป็นกรณีที่เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับหน่วยงานที่ตนมีความสามารถในการควบคุมอย่างเบ็ดเสร็จ (entirely control) เท่านั้น หลักการนี้ยังได้รับการยืนยันต่อมาในคดี *Carbotermo*[42] ว่าการควบคุมจะต้องเป็นการควบคุมในลักษณะที่หน่วยงานหนึ่งเสมือนเป็นแผนกของฝ่ายปกครองที่ควบคุม (it owns department) จากหลักดังกล่าวจึงสามารถยกตัวอย่างสรุปได้ง่ายๆ เช่น แม้กระทั่งรัฐทำสัญญากับบริษัทที่ตนถือหุ้นอยู่ถึง 99.98 % ก็จะไม่ถือเป็นการทำ in house contract เนื่องจากศาลไม่ได้ใช้เกณฑ์ในเรื่องอำนาจการควบคุมความสัมพันธ์ทางสัญญา (แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทเอกชนลูกไม่มีอำนาจต่อรองใดๆในสัญญาเพราะรัฐในฐานะแม่ได้ควบคุมสัญญาเอาไว้แล้ว ก็ไม่ถือเป็น in house contract) แต่กลับใช้เกณฑ์ที่ว่าบริษัทดังกล่าวยังอาจแยกการแสดงเจตนาของตนต่างหากจากรัฐได้หรือไม่ ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่แคบกว่าและทำให้ in house contract ซึ่งอยู่ภายนอกขอบเขตของ Directive นั้นเกิดขึ้นได้ยากมาก ตัวอย่างจริงซึ่งเป็นกรณีที่เข้าเรื่อง in house contract คือ *Intercommunale* ของประเทศเบลเยี่ยม ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐมีอำนาจควบคุมองค์กรนี้เสมือนองค์กรภายในของตนด้วยผลจากกฎหมาย[43] และ *sociétés publique locales* ของประเทศฝรั่งเศสที่รัฐถือทุน 100%

- สัญญาความร่วมมือระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาด้วยกันเอง ซึ่งมีลักษณะเป็นความร่วมมือระหว่างกัน (cooperation contracts) ตามมาตรา 12 วรรคสี่ ดังตัวอย่างในคดี *Commission v. Germany*[44] ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authority) ในการกำจัดขยะระหว่างท้องถิ่น (*Landkreise)* กับเมืองฮัมบูร์ก ในเยอรมัน ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตัดสินว่ากรณีนี้ไม่ใช่ in-house contract และไม่ใช่สัญญาจัดซื้อจัดหา หรือจัดจ้างบริการ เพราะสัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาที่ร่วมกันทำบริการสาธารณะที่ไม่มีเคลื่อนย้ายทุนในลักษณะที่เป็นราคาหรือค่าใช้จ่าย (Price or cost) กล่าวคือเป็นเพียงการร่วมมือ

---

[40] Case C-107/98, *Teckel* [1999] ECR I- 8121, paragraph 50

[41] Case C- 26/03, Stadt Halle and RPL Lochau [2005] ECR I-1

[42] Case C- 340/04, Carbotermo S.P.A. [2006] ECR I-4137, paragraph 37

[43] Case C-324/07, Coditel Brubant [2008] ECR I- 8457

[44] Case C-480/06, Commision v. Germany [2009] ECR I-4747

Ref. code: 25595601032187GRS

กันจัดสรรหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ศาลยังกล่าวต่อไปอีกว่าการร่วมมือแบบนี้อาจทำให้เกิดองค์กรใหม่ซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรใหม่และองค์กรที่ร่วมมือกันเป็นความสัมพันธ์แบบ in-house contract ได้ ดังนั้นสัญญาที่เป็นความร่วมมือแบบนี้จึงไม่ควรอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หลักดังกล่าวยังได้รับการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Grand Chamber of ECJ) ในคดี *Azienda Sanitaria locale di lecc, Universita del Salento*[45] ในกรณีที่ท้องถิ่นของอิตาลีทำสัญญากับมหาวิทยาลัยเพื่อความร่วมมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ศาลได้วางหลักไว้ว่าในกระบวนการทำสัญญาของรัฐประเภทนี้ไม่มีความจำเป็นที่เอกชนจะต้องได้รับความคุ้มครองตามหลักการแข่งขันที่เป็นธรรม เพราะจุดประสงค์ของสัญญาคือการทำให้บริการสาธารณะที่หน่วยงานทั้งสองมีหน้าที่ต้องกระทำเป็นไปได้อย่างราบรื่นเท่านั้น

2.2.2.2 เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาตาม Directive 2014/25/EU (Utilities Directive)

Directive 2014/25/EU (Utilities Directive) จะมีขอบเขตบังคับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะสามประการดังต่อไปนี้

(1) มีลักษณะของความสัมพันธ์ในรูปแบบ “สัญญา” (contract) กล่าวคือไม่ใช่ความสัมพันธ์อันเกิดจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

(2) มีมูลค่าของสัญญาขั้นต่ำตามเกณฑ์ที่กำหนด กล่าวคือ Utilities Directive มีขอบเขตใช้บังคับกับสัญญาก่อสร้างโยธาสาธารณะที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 5,225,000 € ขึ้นไป สัญญาบริการที่เกี่ยวกับสังคม (Services concerning Social) และ สัญญาบริการเฉพาะที่กำหนดไว้ใน Annex XVII ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 1,000,000 € ขึ้นไป และ สัญญาจ้างบริการอื่นๆทุกชนิด สัญญาจ้างออกแบบทุกชนิด และ สัญญาจัดซื้อจัดหาตามความต้องการของฝ่ายปกครองทุกชนิด (supplies contracts) ที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 418,000 € ขึ้นไป ซึ่งเป็นมูลค่าที่คำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มแล้ว

(3) มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการดำเนินกิจการโยธาสาธารณะ(work) การจัดหาพัสดุ (supply) หรือจัดจ้างบริการ (service) ซึ่งได้แก่การผลิต การค้าส่ง และค้าปลีก การบริหารจัดการโครงข่าย(network) การขนส่ง (transport) การแจกจ่าย (distribution) ในกิจกรรมเกี่ยวกับก๊าซ ความร้อน ไฟฟ้า น้ำดื่ม การโยธาสาธารณะระบบน้ำ การบำบัดน้ำเสีย การบริหารจัดการโครงข่ายเกี่ยวกับการขนส่งมวลชน การใช้ประโยชน์จากท่าเรือและอากาศยาน การบริการไปรษณีย์ การสกัดน้ำมันหรือก๊าซธรรมชาติ และ การสำรวจและการสกัดเชื้อเพลิงถ่านหิน และเชื้อเพลิงแข็ง ซึ่งความหมายของสัญญาเป็นการดำเนินกิจการโยธาสาธารณะ การจัดหาพัสดุและ จัดจ้างบริการ เป็นไปในทำนองเดียวกับ directive 2014/24/EU หากแต่ไม่มีการยึดโยงนิยามของสัญญาดังกล่าวกับข้อความคิดเรื่อง สัญญาภาครัฐ (Public contract) นิยามทั้งหมดได้ใช้คำว่า สัญญา (contract) แทน

---

[45] Case C-159/11, Azienda Sanitaria locale di lecc, Universita del Salento [2012] ECR I-0000.

Ref. code: 25595601032187GRS

ยกตัวอย่างเช่นสัญญาซื้อพัสดุอุปกรณ์และการติดตั้งท่อส่งก๊าซ สัญญาซ่อมบำรุง สัญญาสร้างโรงก๊าซ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นตาม Directive 2014/25/EU กำหนดให้สัญญาเหล่านี้ ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตบังคับใช้ของ Directive 2014/25/EU ได้แก่

- สัญญาซึ่งทำขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายในการขายต่อ (resell) หรือให้บุคคลที่สามเช่า (lease) ในลักษณะที่ องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) ไม่ได้มีสิทธิพิเศษหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (no special or exclusive right) ในการซื้อหรือการเช่าวัตถุแห่งสัญญา และบุคคลอื่นๆ สามารถซื้อหรือเช่าวัตถุแห่งสัญญานั้นได้ในเงื่อนไขเดียวกับองคภาวะผู้เข้าทำสัญญา ซึ่งองคภาวะผู้เข้าทำสัญญาจะต้องแจ้งข้อมูลของสัญญาซึ่งตนถือว่ามีจุดมุ่งหมายในการขายต่อ (resell) หรือให้บุคคลที่สามเช่า (lease) ต่อคณะกรรมการยุโรป (Commission) (มาตรา 18)

- สัญญาและการประกวดออกแบบที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการทำกิจกรรมตามมาตรา 8 ถึง 14 ในประเทศที่สามที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งองคภาวะผู้เข้าทำสัญญาจะต้องแจ้งข้อมูลของสัญญาต่อคณะกรรมการยุโรป (มาตรา 19)

- สัญญาที่ทำขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ในกรณีที่เป็นสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐสมาชิกกับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปซึ่งต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคี หรือเป็นกรณีที่เป็นการทำสัญญากับองค์การระหว่างประเทศหรือกับสถาบันการเงินระหว่างประเทศ (มาตรา 20)

- สัญญาสัญญาครอบครองหรือเช่าที่ดิน อาคารหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นๆ และสัญญาในเรื่องสิทธิที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและประนีประนอมยอมความ สัญญาเกี่ยวกับการให้บริการทางกฎหมาย สัญญาให้บริการด้านการเงินตามความหมายของ Directive 2004/39/EC สัญญากู้ยืมและการให้หลักประกันทางการเงิน สัญญาจ้างแรงงาน สัญญารับขนส่งผู้โดยสารสาธารณะโดยรถไฟหรือรถไฟฟ้า สัญญาเกี่ยวกับการป้องกันภัยสาธารณะโดยองค์กรการกุศลและสมาคม และสัญญาเกี่ยวกับการผลิตสื่อวิทยุโทรทัศน์หรือการแพร่ภาพกระจายเสียงตาม Directive 2010/13/EU (มาตรา 21)

- สัญญาบริการ (service contract) ซึ่งทำขึ้นระหว่างองคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) กับ องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) อีกหน่วยหนึ่งซึ่งมีฐานะเป็นฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (contracting authority) หรือ กับองค์กรที่มีลักษณะเป็นการร่วมมือระหว่างองค์กร (association of contracting authority) บนพื้นฐานของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ซึ่งเกิดขึ้นจากกฎหมายหรือมาตรการของฝ่ายปกครอง ที่สอดคล้องกับ TFEU (มาตรา 22)

- สัญญาซื้อน้ำซึ่งทำโดยองคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) ผู้มีส่วนในตลาด (engaged in) กิจกรรมเกี่ยวเนื่องกับน้ำดื่มตามมาตรา 10(1) กล่าวคืออยู่ในฐานะผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดนั่นเอง เช่นในกรณีของบริษัทเอกชนผู้ได้รับสิทธิพิเศษในการทำ

Ref. code: 25595601032187GRS

สัมปทานกิจการน้ำดื่ม (ซึ่งถือว่ามีลักษณะเป็น contracting entities ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (b)) ทำสัญญาซื้อน้ำกับเอกชนรายอื่นเช่นนี้ไม่อยู่ในขอบเขตของ Directiveนี้ (มาตรา 23 (a))

- สัญญาจัดหาพลังงาน (energy) และเชื้อเพลิง (Fuel) ซึ่งทำโดยองคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) ผู้มีส่วนในตลาด (engaged in) ของกิจกรรมเกี่ยวเนื่องกับพลังงาน ตามมาตรา 8(1) 9(1) และ 14 เช่นกรณีที่เอกชนผู้ได้รับสิทธิพิเศษหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแจกจ่ายไฟฟ้า (ซึ่งถือว่า มีลักษณะเป็น contracting entities ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (b)) ทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยซึ่งเป็นเอกชนรายอื่น (มาตรา 23 (b))

- สัญญาเกี่ยวกับความมั่นคงและการป้องกันประเทศ อันอยู่ในขอบเขตของ directive 2009/81/EC (มาตรา 24)

- สัญญาระหว่างองคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) ด้วยกันเองซึ่งใช้หลักการทำนองเดียวกับ in-house contract ใน Directive 2014/24/EU (มาตรา 28)

- สัญญาระหว่าง องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) กับ กลุ่มองค์กรที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครอง (affiliate undertaking)[46] หรือ ระหว่างกิจการการค้าร่วม (joint venture) ขององคภาวะผู้เข้าทำสัญญากับองค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุม (undertaking) (มาตรา 29)

2.2.2.3 เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาตาม Directive 2014/23/EU (Concession Directive)

การให้สัมปทานอันจะอยู่ในขอบเขตของ Directive 2014/23/EU (Concession Directive) จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) มีวัตถุประสงค์เป็นการให้สัมปทาน ซึ่งแบ่งออกเป็นสองชนิด คือสัมปทานงานโยธาสาธารณะ และสัมปทานบริการสาธารณะ ตาม มาตรา 5 (1) ของ Directive 2014/23/EU ได้ให้นิยามของการสัมปทานว่า “สัมปทาน หมายความว่า สัมปทานงานโยธาสาธารณะ หรือสัมปทานบริการสาธารณะ ตาม (a) และ (b)” กล่าวคือ

(a) สัมปทานงานโยธาสาธารณะ คือ สัญญาเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงิน ที่ทำเป็นหนังสือ ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting authority) หรือ องคภาวะ

---

[46] โดยมาตรา29 ของ directive 2014/25/EU ให้ถือตามความหมายตาม directive 2013/34/EU มาตรา 2(12) ซึ่งหมายถึง บริษัทซึ่งถูกควบคุม(undertaking) ที่รวมตัวกันนั่นเอง ซึ่งมักจะอยู่ในรูปแบบของบริษัทลมที่ไม่มีการประกอบกิจการจริง แต่มีการเอาเงินไปลงทุนในกิจการอื่นๆ โดยบริษัทแม่จะถือหุ้นใหญ่ในรูปแบบของบริษัทโฮลดิ้ง (holding company) หรือให้เงินช่วยเหลือ (subsidised) โปรดดู ศันลิยา ศิริทศ, “ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้จากบริษัทโฮลดิง (holding company) ในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น.4-15.

Ref. code: 25595601032187GRS

ผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) มอบหมายการจัดการบริหารงานโยธาสาธารณะให้กับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ซึ่งการตกลงจะต้องประกอบด้วยการให้สิทธิในการได้ประโยชน์จากงานโยธาสาธารณะนั้น ไปพร้อมกับข้อตกลงในเรื่องของการชำระเงิน

(b) สัมปทานบริการสาธารณะ คือ สัญญาเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงิน ที่ทำเป็นหนังสือ ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting authority) หรือ องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) มอบหมายการจัดทำบริการ (services) ที่ไม่ใช่การบริหารงานโยธาสาธารณะในข้อ (a) ให้กับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ซึ่งการตกลงจะต้องประกอบด้วยการให้สิทธิในการได้ประโยชน์จากการจัดทำบริการนั้น ไปพร้อมกับข้อตกลงในเรื่องของการชำระเงิน

ในการเข้าทำสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะหรือสัมปทานบริการสาธารณะจะต้องมีการถ่ายโอนความเสี่ยงในการบริหารกิจการ (operating risk) ซึ่งหมายถึงความเสี่ยงในด้านอุปสงค์[47] ความเสี่ยงด้านอุปทาน[48] หรือทั้งคู่ (demand or supply risk or both) ให้แก่ผู้รับสัมปทาน (concessionaire) ด้วย

(2) สัมปทานจะต้องมีมูลค่าของสัญญา (Thresholds) ไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ Directive 2014/23/EU จะบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 5,225,000 € ขึ้นไปเท่านั้น

ส่วนข้อยกเว้นของการให้สัมปทานที่ไม่อยู่ในขอบเขตของ Directive 2014/23/EU ได้แก่

- สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting authority) ด้วยกันเอง หรือองค์กรร่วม (association) ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา บนพื้นฐานของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) หรือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็น

---

[47] ความเสี่ยงด้านอุปสงค์ หมายถึง ความเสี่ยงที่ผู้รับสัมปทานมี จากการให้ผู้รับสัมปทานดำเนินงานปฏิบัติการโดยได้รับผลตอบแทนจากการเก็บค่าบริการ ผู้รับสัมปทานจึงต้องแบกรับความเสี่ยงด้านปริมาณผู้โดยสาร อุปสงค์นั้นจึงแปลว่าความต้องการใช้บริการของประชาชนนั่นเอง เนื่องจากฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานได้รับเงินเป็นจำนวนแน่นอนจากผู้รับสัมปทานไม่ว่าจะมีผู้ใช้บริการหรือไม่ ฝ่ายปกครองจึงไม่มีความเสี่ยงด้านอุปสงค์ เนื่องจากได้โอนไปให้ผู้รับสัมปทานแล้วนั่นเอง โปรดดู สันติ เจริญพรพัฒนา, “การร่วมลงทุนระหว่างรัฐบาลและเอกชน (Public Private Partnership),” เอกสารประกอบวิชา CVE619 Infrastructure System Development โครงการวิศวกรรมและการบริหารการก่อสร้าง ภาควิชาวิศวกรรมโยธา คณะวิศวกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี (2549), น. 5.

[48] ความเสี่ยงด้านอุปทาน หมายถึง ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่ผู้รับสัมปทานต้องแบกรับ ในกรณีที่เกิดความขัดข้องในเรื่องทรัพยากรอันเป็นปัจจัยการผลิต ทำให้ผู้รับสัมปทานไม่อาจประกอบกิจการได้อย่างราบรื่น โปรดดู George A. Zsidisin, “A grounded definition of supply risk,” Journal of Purchasing & Supply Management, Vol. 9 (2003), p.219.

Ref. code: 25595601032187GRS

ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจซึ่งกระทำกิจกรรมตาม Annex II โดยอาศัยพื้นฐานสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในฐานะข้อยกเว้น ซึ่งต้องมีการแจ้งต่อคณะกรรมาธิการยุโรป (Commission) (มาตรา 10 วรรคหนึ่งและสอง)

- สัญญาสัมปทานการขนส่งทางอากาศหรือขนส่งผู้โดยสารทางอากาศ สัญญาสัมปทานซึ่งทำขึ้นภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งรัฐสมาชิกทำกับประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกสหภาพยุโรป หรือสัญญาสัมปทานที่มีตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์กรระหว่างประเทศ สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับความมั่นคงที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ directive 2009/81/EC สัญญาสัมปทานบริการที่เกี่ยวกับสื่อวิทยุโทรทัศน์ซึ่งอยู่ภายใต้ Directive 2010/13/EU สัญญาสัมปทานบริการด้านการอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สัมปทานบริการทางกฎหมาย บริการทางการเงิน สัมปทานบริการสลากกินแบ่ง (lottery service) ภายใต้ CPV code 92351100-7 และสัมปทานที่มีทำขึ้นในประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกสหภาพยุโรป (มาตรา 10 วรรคสามถึงสิบ)

- สัญญาสัมปทานที่เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารที่มีโครงข่ายสาธารณะ (public communication networks) และบริการสื่อสารอีเลกโทรนิกส์ (electronics communications services) ตาม Directive 2002/21/EC (มาตรา 11)

- สัญญาสัมปทานโครงข่ายบริการในการผลิต ขนส่งและแจกจ่าย หรือจัดหาน้ำดื่ม และสัญญาสัมปทานก่อสร้างระบบไฮดรอลิค การชลประทาน การระบายน้ำ หรือระบบบำบัดน้ำเสีย (มาตรา 12)

- สัญญาสัมปทานระหว่าง องคภาวะผู้เข้าทำสัญญา (contracting entities) กับกลุ่มองค์กรที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครอง (affiliate undertaking) หรือ ระหว่างกิจการการค้าร่วม (joint venture) ขององคภาวะผู้เข้าทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับกิจการใน Annex II กับองค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุม (undertaking) (มาตรา 29)

ในกรณีที่สัญญามีลักษณะผสมอันอยู่ในขอบเขตของ directive หลายฉบับ (Mix contract) Directive แต่ละฉบับได้กำหนดทางแก้ไขไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือจะต้องพิจารณาว่าลักษณะผสมนั้นแยกออกจากสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งถ้าแยกได้ การทำสัญญาที่แยกออกนั้นจะต้องทำตามกฎเกณฑ์ที่สัญญานั้นตกอยู่ใต้บังคับตาม Directive นั้นๆ แต่ถ้าหากแยกออกไม่ได้ ก็จะต้องพิจารณาถึงลักษณะสำคัญโดยรวมของสัญญาว่าตกอยู่ใต้บังคับตาม Directive ใด

ในส่วนถัดไปจะทำการศึกษาถึงระบบของสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปอันเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะ directive ทั้งสามฉบับที่กล่าวมา

Ref. code: 25595601032187GRS

2.3 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญา (Award of contract)

หัวใจของการจัดหา (Principles of procurement) ใน Directive ทั้งสามฉบับกำหนดไว้ในทำนองเดียวกัน คือ ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือองคภาวะผู้ทำสัญญา จะต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกัน (equally) โดยไม่เลือกปฏิบัติ (without discrimination) ภายใต้หลักความโปร่งใส (transparency) และหลักความได้สัดส่วน (proportionality)

การประกันหลักความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ มีขึ้นเพื่อเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในเรื่องการค้าโดยเสรีในตลาดร่วมของสหภาพยุโรปในสนธิสัญญาการทำงานของสหภาพยุโรป (TFEU) นั่นเองโดยขจัดการเลือกปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ภายใต้การกำหนดรายละเอียดในขั้นตอนต่างๆในการทำสัญญาและการบริหารสัญญาโดยละเอียด นอกจากนี้ยังการการต่อต้านการทุจริต (Combating corruption) และการป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) ซึ่งมีสาระสำคัญ[49] ในการกำหนดให้รัฐสมาชิกประกันว่าฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาจะมีมาตรการที่ได้ผลในการกำหนดความหมายของผลประโยชน์ขัดกัน การป้องกัน และเยียวยาผู้เสียหายจากความเสียหายที่เกิดจากการทำสัญญาที่ปรากฏผลประโยชน์ขัดกันของผู้ทำสัญญา ซึ่งทำให้เกิดการบิดเบือนการแข่งขันที่เสรี เท่าเทียม และเป็นธรรม

ส่วนการประกันหลักความโปร่งใส ปรากฏในรูปแบบของการประกาศโฆษณา (Publication) หรือ การแจ้ง (Notice) ในกระบวนการต่างๆ ทั้งในระดับภายในรัฐและระดับสหภาพด้วยการประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป (Official Journal) ซึ่งได้แก่ การแจ้งงบประมาณประจำปีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจได้รับในการจัดหาประจำปี (Periodic Indicative Notices; PIN), การประกาศเชิญให้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา (Invitations to tender) และ การประกาศตัวผู้ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง (Contract Award Notices ;CAN) ซึ่งจะต้องมีรายละเอียดตามที่ Directive กำหนดเช่นในเรื่องของการให้เหตุผล การแสดงราคา เพื่อยืนยันหลักการตรวจสอบได้การเข้าถึงข้อมูลของประชาชนและผู้ที่ไม่ได้รับคัดเลือก

หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่เป็นหัวใจของจัดหา (Principles of procurement) ดังกล่าวย่อมต้องมีกระบวนการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายตาม Remedies Directives ซึ่งได้แก่ Directive 2007/66/EC ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC และอาจนำมาซึ่งความรับผิดระหว่างประเทศของรัฐสมาชิก

กฎหมายของสหภาพยุโรปจึงทำให้เกิดการปะทะกันของคุณค่าสองอย่าง ระหว่างการป้องกันตลาดเสรี (protection of a free market) และเสรีภาพของฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกในการเลือกคู่สัญญาภายใต้กฎหมายภายในของตน จึงต้องมีการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน

---

[49] ตามมาตรา 24 ของ Directive 2014/24/EU มาตรา 42 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 35 ของ Directive 2014/23/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

(Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่สหภาพยุโรปได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันและได้รับการยอมรับให้เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป การบังคับใช้มาตรการใดๆตามกฎหมายของสหภาพยุโรปจะต้องบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาหลักการตาม TFEU เป็นมาตรการที่จำเป็น และได้สัดส่วนโดยชั่งน้ำหนักกับเสรีภาพของรัฐในการตัดสินใจในนโยบายสาธารณะที่เสียไป

ดังนั้นเพื่อประกันความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาอันเป็นหัวใจของตลาดเสรี และประกันความโปร่งใสในกระบวนการทั้งหมด สหภาพยุโรปจึงได้กำหนดรายละเอียดเฉพาะบังคับใช้กับการทำสัญญาภาครัฐ (Public Contract) ที่เกี่ยวกับการโยธาสาธารณะ การจัดซื้อจัดหา การจัดจ้างบริการ ครอบคลุมตั้งแต่ การกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญาที่ต้องการทำ (Specification) การเลือกใช้กระบวนการจัดหา (Choice of Procurement Procedures) การคัดผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นและการทำบัญชีรายชื่อ (Qualification and Shortlisting) ไปจนถึงการกำหนดเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญา (Award Criteria)

ในส่วนของสัญญาสัมปทาน สหภาพยุโรปได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะและสัมปทานบริการสาธารณะนั้นครอบคลุมตั้งแต่เรื่องของการประกาศเชิญชวนเข้าทำสัญญา (notice) แต่ไม่ได้กำหนดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาไว้หลากหลายเท่ากับกรณีของสัญญาจัดซื้อจัดหา เพียงแต่กำหนดเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญาไว้เท่านั้น

รายละเอียดของกฎเกณฑ์เฉพาะบังคับใช้กับการทำสัญญาภาครัฐ (Public Contract) ที่เกี่ยวกับการโยธาสาธารณะ การจัดซื้อจัดหา การจัดจ้างบริการ มีสาระสำคัญโดยสังเขปดังนี้

2.3.1. การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือโครงการของฝ่ายปกครอง (Specification)

การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือโครงการ (specification) คือ การกำหนดความต้องการหรือข้อเรียกร้อง (requirement) ของฝ่ายปกครองด้วยการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับโยธาสาธารณะหรือผลิตภัณฑ์ ไว้ในเอกสารเชิญชวน (tender document) เพื่อแจ้งให้ผู้ที่จะเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกสัญญา (bidders) ได้ทราบว่าตนจะต้องเตรียมการอย่างไรเพื่อให้ได้รับการคัดเลือก[50] ซึ่งทำให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมพร้อมกับเป็นการประกันว่าผลิตภัณฑ์จะมีคุณภาพสูง สมความประสงค์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งทำให้การปฏิบัติตามสัญญาในอนาคตจะเป็นไปอย่างราบรื่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญาโดยสหภาพยุโรปได้แก่

(1) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญาในเชิงเทคนิค (Technical Specification) Directives บังคับให้ฝ่ายปกครองกำหนดรายละเอียดมาตรฐานทางเทคนิคของโครงการหรือสัญญาโดยขจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากแหล่งที่มาหรือ

---

[50] Martin Burgi “Specifications”, EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond, ed. Martin Trybus (Belgium : Bruylant, 2014) ,p.37

Ref. code: 25595601032187GRS

กระบวนการผลิตของผลิตภัณฑ์ และบังคับให้ฝ่ายปกครองกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญา โดยคำนึงถึงความยั่งยืน คุ้มค่า ซึ่งถือเป็นการประกันความแน่นอนและคาดหมายได้ของกระบวนการจัดหา (predictability of procurement procedure) ให้กับผู้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ตามมาตรา 42 ประกอบ Annex VII ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 60 ประกอบกับ Annex VIII ของ Directive 2014/25/EU

(2) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกร้อง “สัญลักษณ์พิเศษ” (specific label) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญากำหนดรายละเอียดเชิงเทคนิคในโครงการหรือสัญญาโดยมีข้อเรียกร้องให้ผู้ยื่นข้อเสนอมีหน้าที่พิเศษในเรื่องสิ่งแวดล้อม (environment) หรือสังคม (social) Directive บังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องประกันว่าการได้รับสัญลักษณ์พิเศษ (specific label) นั้นต้องไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือผู้ยื่นข้อเสนอทุกคนจะต้องสามารถขอรับสัญลักษณ์พิเศษ (specific label) นั้นได้ โดยองค์กรที่อนุมัติจะต้องปราศจากลักษณะที่ถูกควบคุมโดยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ตามมาตรา 43 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 61 ของ Directive 2014/25/EU

(3) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดข้อเรียกร้องเกี่ยวกับมาตรฐานของการรับรองคุณภาพ (Test reports, certification and other means of proof) Directive บังคับให้ฝ่ายปกครองกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือโครงการโดยใช้มาตรฐานเดียวกันในสหภาพยุโรป (harmonize standard) จะกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งผ่านการรับรองมาตรฐานหรือคุณภาพเฉพาะภายในรัฐของตนไม่ได้ ฝ่ายปกครองต้องยอมรับการรับรองมาตรฐานในลักษณะเดียวกันโดยองค์กรในรัฐสมาชิกอื่นด้วยตามมาตรา 44 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา62 ของ Directive 2014/25/EU

(4) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญาทางเลือกหรือการใช้วาเรียน (Variant) วาเรียนนั้นเป็นการกำหนดรายละเอียดแบบทางเลือกที่มีรายละเอียดน้อยกว่าวิธีปกติ และกำหนดเพียงผลลัพธ์ (outcome) ที่ฝ่ายปกครองต้องการไว้กว้างๆ[51] โดยระบุเพียงมาตรฐานขั้นต่ำเท่านั้น สหภาพยุโรปได้เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้การกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญาทางเลือกได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกที่จะใช้เกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญาแบบที่คำนึงถึงความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจสูงสุด (most economically advantages tender; MEAT) เท่านั้น ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องระบุว่าผู้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาสามารถใช้วาเรียนได้ ไว้ในประกาศเชิญชวนเข้าทำสัญญา (contract notice) หรือเอกสารประกอบการคัดเลือก โดยฝ่ายปกครองจะระบุมาตรฐานขั้นต่ำที่จะรับวาเรียนไว้พิจารณา หากวาเรียนผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำฝ่ายปกครองจะต้องรับวาเรียนไว้พิจารณาทำนองเดียวกับที่รับพิจารณาคำเสนอของผู้เข้าร่วมการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในกรณีปกติ ซึ่งมีประโยชน์ในแง่ที่ว่าสามารถลดค่าใช้จ่ายของผู้เข้าร่วมการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาและลดขั้นตอนในเชิงเทคนิคและการปฏิบัติตามทำตามกฎเกณฑ์ในเรื่อง

---

[51] Peter Trepte, “Public Procurement in the EU : A Practitioner’s Guide”,2nd edition (New York : Oxford University Press, 2007) p.297

Ref. code: 25595601032187GRS

สังคมและสิ่งแวดล้อมให้สั้นลงได้ โดยเฉพาะการจัดซื้อนวัตกรรม (innovation) เช่น การเช่าฮาร์ดแวร์และวางระบบสารสนเทศในองค์กร ในกรณีที่เกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญาพิจารณาจากราคาและความคุ้มค่าเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้ในการเลือกใช้การกำหนดรายละเอียดของโครงการหรือสัญญาทางเลือก[52] ตามมาตรา 45 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา63 ของ Directive 2014/25/EU

2.3.2. การเลือกใช้วิธีการจัดหา
(Choice of Procurement Procedures)

ใน Directive 2014/24/EU และ 2014/25/EU ได้กำหนดวิธีการจัดหาที่ฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกสามารถเลือกใช้ในหลายลักษณะ ซึ่งมาตรา 26 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 44 ของ Directive 2014/25/EU ได้กำหนดการเลือกใช้วิธีจัดหาของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาไว้ โดยกำหนดให้วิธีการจัดหาเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกซึ่งปรับให้สอดคล้องกับ directive โดยจะต้องระบุว่าฝ่ายปกครองเลือกใช้วิธีการจัดหาแบบใดไว้ในประกาศเชิญชวน[53] โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องใช้วิธีการเสนอราคาทั้งแบบเปิดและแบบจำกัด (Open and Restricted Procedure) เป็นพื้นฐาน ส่วนการเลือกใช้วิธีการความร่วมมือทางนวัตกรรม (Innovation Partnership) การต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure) และ การวิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) ถือเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น วิธีการจัดหาตาม Directive ทั้งสองฉบับมีลักษณะและการเงื่อนไขในการใช้แตกต่างกันไปโดยมีรายละเอียดโดยสังเขปดังนี้

2.3.2.1 วิธีการจัดหาแบบดังเดิม (Classic Procurement Procedures) ประกอบไปด้วย

(1) วิธีการเสนอราคาแบบเปิด (Open Procedure) ตามมาตรา 27 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 45 ของ Directive 2014/25/EU เป็นวิธีการซึ่งผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจทุกคนสามารถยื่นข้อเสนอราคา (submit a tender) ได้ ซึ่งถือเป็นกระบวนการพื้นฐาน ใช้ในสถานการณ์ทั่วไป ซึ่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการคัดคุณสมบัติเบื้องต้นของคู่สัญญาเพื่อจำกัดจำนวนผู้เข้าแข่งขัน[54] (pre-qualify, selection and short listing) และฝ่ายปกครองจะไม่

---

[52] *Ibid.* p.45 รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับ Varients โปรดดู Stephen Ashcroft, “Everything you always wanted to know about variant bids” Supply Management Magazine (October 2014) สืบค้นเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2558,จาก http://www.cips.org

[53] หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นในมาตรา 32 ในเรื่องการใช้วิธีการต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure) โดยไม่ต้องมีการประกาศล่วงหน้า

[54] อย่างไรก็ตาม หากผู้ประกอบกิจการที่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 57 ย่อมไม่อาจเป็นผู้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้คัดออกในตอนแรกก็ตาม แต่ก็ไม่อาจให้ผู้ที่ขาดคุณสมบัติชนะได้ตามเกณฑ์ตามที่ฝ่ายปกครองกำหนด (specification) อยู่ดี ดังนั้นฝ่ายปกครองจะให้เหตุผลครั้งเดียวในตอนที่ประกาศว่าผู้ประกอบกิจการที่มีคุณสมบัติต้องห้ามไม่ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา

Ref. code: 25595601032187GRS

มีสิทธิในการเจรจาต่อรองกับผู้เสนอราคาไม่ว่ากรณีใดๆ โดยกำหนดเวลาขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองจะเปิดรับข้อเสนอคือ 35 วัน[55] นับจากการประกาศคำเชิญชวน (contract notice)[56] ซึ่งการคัดเลือกจะเป็นไปตามข้อกำหนดในประกาศเชิญชวน ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติและความโปร่งใส

(2) วิธีการเสนอราคาแบบจำกัด (Restricted Procedure) ตามมาตรา 28 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 46 ของ Directive 2014/25/EU เป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจทุกคนอาจยื่นคำขอเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา[57] ได้ ซึ่งฝ่ายปกครองต้องกำหนดระยะเวลาในการรับคำขอดังกล่าวเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน[58] นับตั้งแต่มีการประกาศเรียกเข้าแข่งขัน (calling for competition) แต่ผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจที่ได้รับคำเชื้อเชิญ (invitation) เท่านั้นที่จะมีสิทธิยื่นข้อเสนอ (submit a tender) ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถจำกัดจำนวนผู้เข้าแข่งขันที่มีสิทธิได้รับคำเชื้อเชิญได้ด้วยการคัดคุณสมบัติเบื้องต้นและจำกัดบัญชีรายชื่อ (Qualification and Shortlisting) ซึ่งฝ่ายปกครองต้องกำหนดระยะเวลาในการรับข้อเสนอเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน[59] นับตั้งแต่ส่งคำเชื้อเชิญ

การเสนอราคาแบบจำกัดใช้ในสถานการณ์ทั่วไปทำนองเดียวกับการเสนอราคาแบบเปิด เพียงแต่มีการจำกัดจำนวนผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอ ทำให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแบ่งออกเป็นสองขั้นตอนย่อยคือ การพิจารณาคำขอเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งจะต้องพิจารณาคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ และการพิจารณาข้อเสนอ ซึ่งจะพิจารณาเพียงผู้ที่ฝ่ายปกครองส่งหนังสือเชิญ (invitation) ให้ทำข้อเสนอเท่านั้น ซึ่งเหมาะกับสัญญาที่มีความซับซ้อนมากขึ้น

---

[55] ระยะเวลาขั้นต่ำอาจลดลงเหลือ 15 วันได้ในกรณีที่มีการประกาศรายละเอียดล่วงหน้า (prior information notice) ตาม Annex V ก่อนหน้าที่จะมีประกาศเชิญชวนเข้าทำสัญญา ซึ่งประกาศรายละเอียดล่วงหน้าจะมีผลเป็นการลดระยะเวลาขั้นต่ำต่อเมื่อมีการประกาศรายละเอียดล่วงหน้าภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งปีจนถึง 35 วันก่อนการประกาศเชิญชวนทำสัญญา ระยะเวลาขั้นต่ำยังอาจลดลงเหลือ 15 วัน ในกรณีที่มีเหตุเร่งด่วน และ อาจลดลงไปอีก 5 วัน (เช่นจาก 35 วันเหลือ 30 วัน) ในกรณีที่เป็นการยื่นข้อเสนอด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ โปรดดูมาตรา 27 (2)-(4)

[56] โปรดดูมาตรา 49 ของ directive 2014/24/EU ซึ่งกำหนดให้ต้องรายละเอียดตาม Annex V part C และต้องมีการประกาศโฆษณา (Publication) ตามความหมายและแบบมาตรา 51

[57] คำขอเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาจะต้องมีรายละเอียดตาม Annex V part B and C เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถทำการคัดคุณสมบัติได้

[58] ระยะเวลาขั้นต่ำอาจลดลงเหลือ 10 วันได้ในกรณีได้ในกรณีที่มีการประกาศรายละเอียดล่วงหน้า

[59] ระยะเวลาขั้นต่ำอาจลดลงเหลือ 10 วันได้ตามมาตรา 28 (4) และอาจลดลงอีก 5 วันในกรณีที่เป็นการยื่นข้อเสนอด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์

Ref. code: 25595601032187GRS

(3) วิธีการต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure หรือ Competitive Procedure with Negotiation) ตามมาตรา 29 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 47 ของ Directive 2014/25/EU เป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทุกคนอาจยื่นคำขอเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ ภายในกำหนดระยะเวลาไม่ต่ำกว่า 30 วัน นับตั้งแต่มีการประกาศเรียกเข้าแข่งขัน (calling for competition) วิธีนี้เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถปรึกษาและเจรจาต่อรองข้อสัญญากับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ตรงกับความต้องการได้โดยตรงหลังจากที่ฝ่ายปกครองส่งหนังสือเชิญ (invitation) ให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ผ่านเกณฑ์เบื้องต้นทำข้อเสนอ ซึ่งการเจรจาจะต้องทำภายใต้หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติโดยเฉพาะเรื่องการให้ข้อมูล ซึ่งถ้าหากฝ่ายปกครองมีการแก้ไขรายละเอียดของโครงการ (specification) เนื่องมาจากการเจรจา ฝ่ายปกครองจะต้องให้เวลาผู้เข้าแข่งขันทุกคนได้แก้ข้อเสนอของตนอย่างเท่าเทียม

วิธีนี้จึงถือเป็นวิธีที่มีความยืดหยุ่นสูงซึ่งก่อให้เกิดความรวดเร็วและประสิทธิภาพมากกว่าการเสนอราคา อย่างไรก็ตามวิธีการต่อรองเจรจาถือเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 26(4) ในลักษณะที่สัญญาไม่อาจทำได้ด้วยวิธีอื่น หรือ มีลักษณะของการออกแบบ (design) หรือการใช้นวัตกรรมพิเศษ (innovation) หรือ สภาพของสัญญามีความซับซ้อนมาก หรือมีลักษณะที่การกำหนดรายละเอียดเชิงเทคนิคโดยฝ่ายปกครอง (Technical Specification) ไม่อาจกระทำได้ หรือ ในกรณีที่วิธีเสนอราคาทั้งแบบเปิดและแบบปิดไม่อาจใช้ได้ผลดี

นอกจากนั้นฝ่ายปกครองจะเลือกใช้กระบวนการคัดเลือกชนิดนี้ โดยไม่ต้องมีการระบุในประกาศล่วงหน้า ได้ (without prior publication) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง ในกรณีตามมาตรา 32 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 50 ของ Directive 2014/25/EU ดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาโดยการเสนอราคาทั้งแบบเปิดและแบบจำกัด (open and restricted procedure) หรือวิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) ไม่อาจใช้ได้ผล เช่นในกรณีที่ผู้เสนอราคาทุกรายไม่ผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองตั้งไว้ ใช้วาเรียนที่ไม่ผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำ หรือเป็นข้อเสนอที่มีราคาต่ำผิดปกติ

กรณีที่สอง สภาพของสัญญานั้นสามารถทำได้โดยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเฉพาะราย ในกรณีของงานที่มีความเป็นเอกลักษณ์เช่น งานศิลปะหรือการแสดง ในกรณีที่การแข่งขันไม่อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากการมีผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายเดียวที่มีความรู้ทางเทคนิค หรือในลักษณะที่เป็นการจัดหาที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว

กรณีที่สาม ในกรณีที่เกิดเหตุฉุกเฉินอย่างยิ่ง (extreme urgency) ซึ่งเกิดจากเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ซึ่งไม่ได้เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทำให้การคัดเลือกคู่สัญญาตามระยะเวลาในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาโดยการเสนอราคาทั้งแบบเปิดและแบบจำกัด (open and restricted procedure) หรือวิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) ไม่อาจใช้ได้ทันเวลา

Ref. code: 25595601032187GRS

กรณีที่สี่ กรณีที่เป็นสัญญาจ้างที่วัตถุประสงค์เกี่ยวกับการทำวิจัย การทดลอง การศึกษา หรือพัฒนา ซึ่งต้องใช้การคัดเลือกเป็นพิเศษ กรณีของสัญญาที่เกี่ยวกับการสนับสนุนวัตถุสัญญาเดิมในระยะเวลาไม่เกินสามปี[60] กรณีของการจัดซื้อในตลาดโภคภัณฑ์ (commodity market) และกรณีที่เป็นการทำสัญญาภายหลังตามกระบวนการประกวดออกแบบ (design contest)

กรณีที่ห้า กรณีที่เป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาที่ฝ่ายปกครองหน่วยงานเดิมเคยทำมาแล้ว และฝ่ายปกครองต้องการทำสัญญาขยายโครงการเดิมภายในสามปีแรกนับตั้งแต่การทำสัญญาเดิม

2.3.2.2 วิธีการจัดหาแบบใหม่ (New award Procedure) ซึ่งเป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแบบใหม่ที่สหภาพยุโรปเพิ่งยอมรับในปี 2004 ได้แก่

(1) วิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) ตามมาตรา 30 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 48 ของ Directive 2014/25/EU เป็นกระบวนการที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทุกคนสามารถส่งคำร้องขอเข้าร่วมในกระบวนการ ซึ่งฝ่ายปกครองจะคัดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ และจะส่งคำเชื้อเชิญ (invitation) ให้เข้าร่วมกระบวนการซึ่งเรียกว่า *ไดอาลอก* (dialogue) ซึ่งมีลักษณะเป็นการเจรจาร่วมกันระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจเข้าทำสัญญาและผู้เข้าแข่งขัน ภายใต้ความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ จนกว่าจะได้ข้อสรุป (solution) ที่เหมาะสม ซึ่งข้อสรุปนี้กำหนดขอบเขตของสัญญาที่ฝ่ายปกครองควรทำโดยสังเขปหลังจากที่ฝ่ายปกครองเจรจาร่วมกับผู้เข้าแข่งขัน ซึ่งมีประโยชน์ในแง่ที่ฝ่ายปกครองจะได้รับข้อมูลที่ตนไม่มีเพิ่มเติมจากการเจรจา ในท้ายที่สุดฝ่ายปกครองจะเรียกให้ผู้เข้าแข่งขันยื่นข้อเสนอสุดท้าย (Final tender) ของตนซึ่งยืนบนพื้นฐานของข้อสรุป (solution) ที่ตกลงร่วมกันและพิจารณาเลือกคู่สัญญาจากข้อเสนอนั้น ซึ่งฝ่ายปกครองอาจกำหนดค่าตอบแทนหรือรางวัลให้กับผู้ที่เข้าร่วม*ไดอาลอก* ก็ได้

สำหรับเงื่อนไขการใช้กระบวนการเจรจาแข่งขัน ระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอเข้ากระบวนการ การคัดคุณสมบัติของผู้เข้าแข่งขันเบื้องต้นที่จะได้รับคำเชื้อเชิญ (invitation) ย่อมเป็นไปในทำนองเดียวกับกระบวนการแบบต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure)

(2) วิธีการสร้างความร่วมมือทางนวัตกรรม (Innovation Partnership) เป็นวิธีการล่าสุดที่เพิ่มเติมมาใน Directive ปี 2014 ตามมาตรา 31 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 49 ของ Directive 2014/25/EU ซึ่งเป็นกระบวนการที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทุกคนสามารถส่งคำร้องขอเข้าร่วมในกระบวนการ ซึ่งจะต้องมีรายละเอียดตามประกาศให้เข้าทำสัญญา ซึ่งฝ่ายปกครองจะคัดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ และจะส่งคำเชื้อเชิญ

---

[60] ยกตัวอย่างเช่น การจัดซื้อผลิตภัณฑ์หรือจัดจ้างบริการเพื่อดูแลรักษาหรือซ่อมแซมวัตถุแห่งสัญญาเดิมเช่น เครื่องจักร อาคาร หรือแม้แต่สัตว์ ซึ่งมีความซับซ้อนในทางเทคนิคดูแลรักษา ซึ่งจะสร้างความสะดวกและประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองหากใช้บริการของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายเดิม ภายในระยะเวลาสามปีนับตั้งแต่ทำสัญญาแรก

Ref. code: 25595601032187GRS

(invitation) ให้เข้าร่วมการสร้างความร่วมมือทางนวัตกรรม (Innovation Partnership) โดยสามารถเจรจาร่วมกับผู้เข้าแข่งขันจนกว่าผู้เข้าแข่งขันจะยื่นข้อเสนอสุดท้าย (final tender) ซึ่งฝ่ายปกครองจะคัดเลือกผู้ร่วมมือ (Partner) หนึ่งคนหรือหลายคนจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจซึ่งยื่นข้อเสนอสุดท้ายที่มีคุณสมบัติตามเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญา

ความร่วมมือทางนวัตกรรมจะต้องมีเป้าหมายไปในการพัฒนานวัตกรรมของผลิตภัณฑ์ บริการ หรืองานโยธาสาธารณะ และทำการจัดซื้อจัดจ้างนวัตกรรมนั้นภายหลังจากการพัฒนานวัตกรรมนั้นถึงขั้นตอนหรือเพดานค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญากำหนด และจะต้องมีแผนงานเป็นขั้นตอน (successive phases) ตามขั้นตอนการวิจัย ต้องกำหนดและเป้าหมายในระยะกลาง (intermediate targets) และการชำระค่าตอบแทน (remuneration) และข้อตกลงในเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนั้นสหภาพยุโรปยังกำหนดเทคนิคและวิธีการพิเศษที่ใช้สำหรับการคัดเลือกคู่สัญญาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และการจัดหาแบบต่อเนื่อง (aggregated procurement) ซึ่งไม่ถือเป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา (Award Procedure) ในความหมายอย่างเคร่งครัดหากแต่เป็นเพียงเทคนิคเสริม ได้แก่

(3) วิธีการกำหนดกรอบการเจรจา (framework agreement) ตามมาตรา 33 ของ Directive 2014/24/EUและมาตรา 51 ของ Directive 2014/25/EU หมายความว่า ข้อตกลงระหว่างฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาหนึ่งหน่วยหรือหลายหน่วยและผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจหน่วยเดียวหรือหลายหน่วย ซึ่งสร้างข้อตกลงในการทำสัญญาในอนาคตร่วมกัน (Terms governing contracts to be awards) ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (period) เฉพาะเจาะจงที่ไม่เกินสี่ปี โดยเฉพาะในเรื่องราคาและปริมาณ ทำให้การทำสัญญาที่มีการกำหนดกรอบการเจรจา (framework agreement) แบ่งออกเป็นสองขั้นตอนคือการทำสัญญาที่เป็นตัวกำหนดกรอบการเจรจา และการทำสัญญาที่ตามมาเรียกว่า *คอล์ออฟส์* (call-offs)[61]

(4) ระบบการจัดซื้อพลวัตร (Dynamic purchasing system) ตามมาตรา 34 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 52 ของ Directive 2014/25/EU ซึ่งมีเนื้อหาทำนองเดียวกับการเสนอราคาแบบจำกัด แต่ระบบการจัดซื้อพลวัตรจะใช้ในระบบการคัดเลือกคู่สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ซึ่งฝ่ายปกครองเปิดรับคำเสนอจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทุกคนที่มีคุณสมบัติเบื้องต้นครบตามเกณฑ์ภายใน 10 วันหลังจากได้รับคำขอเข้าร่วมกระบวนการและผ่านการตรวจสอบคุณสมบัติ แต่จะไม่ได้มีการจัดทำบัญชีรายชื่อตามลำดับ (shortlisting) เพื่อจำกัดผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอตามมาตรา 65 แต่ฝ่ายปกครองจะจัดระบบแยกตามลักษณะของสัญญาและคัดเลือกคู่สัญญาตามเกณฑ์การคัดเลือกของสัญญาแต่ละชนิด ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่แจ้งระยะเวลาดำรงอยู่ในระบบของคำเสนอแก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจด้วย

---

[61] François licheré,"New award procedure," European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p.95.

Ref. code: 25595601032187GRS

(5) การประกวดราคาด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic auctions) เป็นเทคนิคที่นิยมใช้ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เกิดขึ้นในระยะเวลาอันสั้นมากจนอาจเป็นเวลาเพียงหนึ่งหรือสองชั่วโมง เป็นเทคนิคที่ใช้ได้ทั้งในการเสนอราคาแบบเปิด แบบจำกัด และการต่อรองเจรจา แต่ไม่ใช้บังคับกับสัญญาที่ต้องใช้ปัญญาในการปฏิบัติตามสัญญา (intellectual performance) ที่ไม่อาจใช้การประเมินค่าโดยอัตโนมัติ (automatic evaluation methods) ได้ โดยการคัดเลือกคู่สัญญาจะเป็นไปตามสูตรคำนวณราคาที่ฝ่ายปกครองได้ตั้งระบบไว้ โดยระบบจะจัดอันดับผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอที่มีราคาดีที่สุดภายใต้เงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนด ฝ่ายปกครองจะนำอันดับนั้นไปพิจารณาร่วมกับเกณฑ์อื่นๆตามหลักข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุดต่อฝ่ายปกครอง (most economically advantages tender; MEAT) เพื่อเลือกผู้ชนะ

2.3.3 การคัดผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น (Qualification) และ การจัดลำดับบัญชีรายชื่อ (Shortlisting)

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกวิธีการจัดหาซึ่งจำเป็นที่จะต้องคัดผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอ ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจดำเนินการไปตามอำเภอใจได้ เนื่องจากจะเป็นการละเมิดความเสมอภาคในการเข้าถึงการทำสัญญากับภาครัฐและเป็นการขัดหลักต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม Directive จึงได้สร้างกฎเกณฑ์ในการจำกัดจำนวนผู้ยื่นข้อเสนอดังกล่าวซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสามขั้นตอนคือ

(1) ขั้นตอนการระบุนิยามของ “ผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ” (Economic Operators) ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ ตามมาตรา 19 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 37 ของ Directive 2014/25/EU ซึ่งได้ให้นิยามของ “ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ”เอาไว้ โดยสรุปได้ว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอาจเป็นองคภาวะที่ก่อขึ้นตั้งตามกฎหมายภายในรัฐสมาชิกหรือไม่ก็ได้ รวมไปถึงกลุ่มของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (Groups of economic operators) และองค์กรที่รวมตัวกันเป็นการชั่วคราว ก็สามารถเข้าร่วมในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองเช่นกัน

องค์กรที่รวมตัวกันตามแนวคิดของการร่วมงานหรือ *คอนซอร์เตียม* (Consortium) ซึ่งแม้ว่าคอนซอร์เตียมจะไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลด้วยตัวเอง แต่ก็สามารถเข้าเป็นผู้ร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในนามของตนเองได้[62] ซึ่งก่อให้เกิดคำถามว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือความสัมพันธ์ภายในคอนซอร์เตียมในภายหลังจะทำอย่างไร ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวางหลักไว้ในคดี *Makedoniko*[63] ว่าไม่มีกฎหมายสหภาพยุโรปห้ามเปลี่ยนแปลงคอนซอร์เตียมหลังจากการทำสัญญาแต่อย่างใด จึงเป็นที่มาของ มาตรา 19 (3) ที่ฝ่ายปกครองสามารถเรียกร้องให้กลุ่มของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจไปจัดตั้งองค์กรที่มีสถานะบุคคลตามกฎหมายภายหลังที่ได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญาเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติตามสัญญาในภายหลัง

---

[62] Micheal Steinicke, “Qualification and Shortlisting” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p.108.

[63] Case C-57/01, *Makedonika* ECR [2003] I-01091 Paragraph 60-61, *ibid.*

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) ขั้นตอนการคัดผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น (Qualification) และ การจำกัดบัญชีรายชื่อ (Shortlisting) เพื่อจำกัดจำนวนผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอ ประกอบด้วยสามขั้นตอนย่อย คือ

ขั้นตอนที่หนึ่ง ผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจจะถูกคัดออก (Excluding) จากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หากตนเองขาดคุณสมบัติในการเป็นคู่สัญญาตามที่กฎหมายของสหภาพยุโรปกำหนดตามมาตรา 57 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 80 ของ Directive 2014/25/EU ซึ่งกำหนดให้ใช้มาตรา 57 ของ Directive 2014/24/EU โดยอนุโลม ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีคือกรณีที่ฝ่ายปกครอง “ต้อง” คัดผู้ประกอบการออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาและกรณีที่ฝ่ายปกครอง “อาจ” คัดผู้ประกอบการออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา

ฝ่ายปกครองจะ “ต้อง” คัดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจดังกล่าวออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจขาดคุณสมบัติจากการมีพฤติกรรมขัดต่อกฎหมาย (illegal behavior) ซึ่งถูกลงโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุด (sanctioned by a final judgment) ตามมาตรา 57(1) ในความผิดฐานเป็นส่วนขององค์กรอาชญากรรม[64] ความผิดฐานทุจริตคอรัปชั่น (corruption) ตามความหมายของกฎหมายสหภาพยุโรป[65]หรือกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก ความผิดฐานกลฉ้อฉล[66] (fraud) ความผิดฐานก่อการร้ายหรือความผิดอื่นๆที่เชื่อมโยงกับการก่อการร้ายรวมถึงการเป็นผู้ใช้ ผู้สนับสนุน และผู้ที่พยายามทำความผิดดังกล่าวด้วย[67] ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน (money laundering) หรือให้เงินสนับสนุนการก่อการร้าย (terrorist financing)[68] การใช้แรงงานเด็ก (child labour) และการค้ามนุษย์[69] ซึ่งการขาดคุณสมบัติดังกล่าวไม่ได้พิจารณาแค่ตัวองค์กรผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเท่านั้น หากแต่พิจารณาไปถึงตัวบุคคลผู้เป็นผู้บริหารจัดการ ผู้มีอำนาจกำหนดนโยบาย ผู้ควบคุม ผู้มีอำนาจทำการแทนขององค์กรผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจด้วย นอกจากนั้นยังรวมถึงกรณีที่ผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจไม่ยอมชำระหนี้ภาษี (taxes) หรือหนี้ประกันสังคม (social security contributions) ซึ่งศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้

---

[64] ตามความหมายของ มาตรา 2 ของ Council Framework Decision 2008/841/JHA

[65] ซึ่งได้แก่ มาตรา 3 ของ ข้อตกลงต่อต้านการคอรัปชั่นของสหภาพยุโรป (Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union) และ มาตรา 2(1) ของ Council Framework Decision 2003/568/JHA

[66] ตามมาตรา 1 ของ Convention on the protection of the European Communities financial interests

[67] ตามมาตรา 1, 3 และ 4 ของ Council Framework Decision 2002/475/JHA

[68] ตามมาตรา 1 ของ Directive 2005/60/EC

[69] ตามความหมายของมาตรา 2 of Directive 2011/36/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

ชำระ[70] ตามมาตรา 57 (2) ซึ่งฝ่ายปกครองมีพันธกรณีที่จะต้องคัดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจดังกล่าวออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาอย่างเด็ดขาดเช่นกัน

ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครอง “อาจ” คัดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจดังกล่าวออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา โดยขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกที่จะระบุเหตุดังต่อไปนี้หรือไม่ก็ได้ เป็นไปตามมาตรา 57 (4) ซึ่งเป็นการคัดออกในกรณีที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเคยเป็นคู่สัญญาที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 18 (2) ของ Directive 2014/18/EU[71] การคัดออกเนื่องจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจล้มละลายหรือถูกพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายภายรัฐสมาชิก การคัดออกเนื่องจากผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจมีความผิดจากการทำผิดจรรยาบรรณวิชาชีพอย่างร้ายแรง (grave professional misconduct) การคัดออกเนื่องจากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจตกลงกับผู้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญารายอื่นเพื่อบิดเบือนการแข่งขัน การคัดออกเนื่องจากการมีผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) เนื่องจากความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาและผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ ที่ไม่อาจมีวิธีการอื่นที่จะขจัดผลประโยชน์ทับซ้อนนั้น การคัดออกเนื่องจากผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจไปมีส่วนร่วมในการเตรียมการคัดเลือกคู่สัญญา การคัดออกเนื่องจากผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจแสดงให้เห็นชัดเจนว่าตนไม่อาจปฏิบัติตามความผูกพันก่อนสัญญา (prior public contract) ได้ ซึ่งนำไปสู่การเลิกสัญญาก่อนสัญญา (termination of that prior contract) ความเสียหาย หรือสภาพบังคับอื่นที่ใกล้เคียงกัน การคัดออกเนื่องจากผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจเคยมีความผิดเนื่องจากการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับตนเองอันเป็นเท็จอย่างร้ายแรงซึ่งมีผลต่อการคัดออกหรือคัดเลือกเป็นคู่สัญญา ปกปิดข้อมูลดังกล่าว หรือไม่ส่งเอกสารที่ฝ่ายปกครองกำหนด (ESPD) ตามมาตรา 59 และการคัดออกเนื่องจากผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อหรือสามารถควบคุมการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกคู่สัญญา ได้รับข้อมูลลับซึ่งทำให้ได้เปรียบในการแข่งขัน หรือจงใจให้ข้อมูลที่ผิดพลาดที่ส่งผลต่อการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่

ฝ่ายปกครองคัดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจดังกล่าวออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาก็ตาม หากข้อเท็จจริงพึ่งเป็นที่ปรากฏแก่ฝ่ายปกครอง และผู้ประกอบการที่ถูกคัดออกย่อมมีสิทธิที่จะยื่นหลักฐานแสดงเหตุผลภายหลังจากการได้รับแจ้งการคัดออกดังกล่าว

อย่างไรก็ตามเนื่องจากสภาพปัญหาของการการคัดออกจากการขาดคุณสมบัติในเรื่องต่างๆนั้น แต่เดิมไม่มีการกำหนดระยะเวลาของการขาดคุณสมบัติ จากสภาพที่ความผิดต่างๆนั้น

---

[70] อย่างไรก็ตามหากมีการชำระหนี้ดังกล่าวรวมทั้งดอกเบี้ยและค่าปรับแล้ว หรือมีการนิรโทษกรรมภาษี (taxes amnesty) ฝ่ายปกครองจะต้องรับพิจารณาข้อเสนอของผู้ประกอบการตามขั้นตอนต่อไป

[71] ซึ่งก็คือหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยคำนึงถึงการเคารพกฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสังคม และ กฎหมายแรงงานของสหภาพยุโรป และตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก กรอบความตกลงระหว่างประเทศ และมาตรการตามที่กำหนดไว้ใน Annex X ของ Directive 2014/18/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

ติดตัวผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจนกว่าจะมีการล้างมลทิน (self-cleaning program) เท่ากับว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะขาดคุณสมบัติตลอดไป ซึ่งถือว่าเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดสัญญาภาครัฐอย่างถาวร ซึ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานของ TFEU และถือเป็นมาตรการจำกัดสิทธิของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ไม่ได้สัดส่วน มาตรา 57 (7) จึงได้กำหนดให้รัฐสมาชิกกำหนดรายละเอียดของการขาดคุณสมบัติดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ กฎ หรือมาตรการของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการระบุระยะเวลามีผลของการขาดคุณสมบัติ (determine the maximum period of exclusion) ซึ่งก็คือห้าปีนับตั้งแต่มีคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดที่ทำให้ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 57 (1) หรือสามปีนับตั้งแต่เกิดเหตุกรณีที่ฝ่ายปกครองอาจคัดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามมาตรา 57 (4)

ขั้นตอนที่สอง การประเมินศักยภาพ (capabilities) เบื้องต้นของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ตามมาตรา 58 ของ Directive 2014/24/EU ซึ่งแบ่งออกเป็น[72] ความเหมาะสมกับงาน (suitability to pursue the professional activity) ศักยภาพในทางการเงิน (economic and financial standing) และ ศักยภาพในทางเทคนิค (technical and professional ability) ตามเอกสารที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้ส่งให้กับฝ่ายปกครองตามกฎเกณฑ์ของการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญารูปแบบต่างๆ

การประเมินความเหมาะสมกับงานในด้านวิชาชีพนั้นอาจใช้การได้รับการรับรองโดยการจดทะเบียนกับ องค์กรภายในรัฐ (Professional or Trade registers) ซึ่งรายนามองค์กรดังกล่าวของแต่ละประเทศจะระบุไว้ใน Annex XI ของ Directive 2014/24/EU

ศักยภาพในทางการเงิน (economic and financial standing) พิจารณาได้จากผลประกอบการประจำปีขั้นต่ำ (minimum yearly turnover) และข้อมูลทางบัญชีซึ่งแสดงสัดส่วนสินทรัพย์และหนี้ อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดเกณฑ์การประเมินให้ผลประกอบการประจำปีขั้นต่ำมากกว่าสองเท่าของมูลค่าของสัญญาได้ตามมาตรา 58 (3) วรรคสามของ Directive 2014/24/EU

ศักยภาพในทางเทคนิค (technical and professional ability) พิจารณาได้จากการที่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้นครอบครองทรัพยากรบุคคล เทคนิค และมีประสบการณ์ พร้อมที่จะปฏิบัติตามสัญญาภายใต้มาตรฐานที่มีคุณภาพ ซึ่งอาจประเมินได้จากผลงานในอดีต

สำหรับการพิสูจน์รายละเอียดต่างๆ ของเอกสาร เพื่อประเมินศักยภาพทั้งในทางการเงินและเทคนิค เป็นไปตามมาตรา 60-63 และ Annex XII ของ Directive 2014/24/EU

---

[72] ซึ่งอาจมีรายละเอียดเพิ่มเติมในกรณีของสัญญาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ Directive 2014/25/EU อาจมีหลักเกณฑ์การประเมินเพิ่มเติมตามมาตรา 78 ซึ่งอนุโลมให้ใช้มาตรา58 ของ Directive 2014/24/EU โปรดดูมาตรา 77 และ 78 ของ Directive 2014/25/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

ขั้นตอนที่สาม การจำกัดบัญชีรายชื่อ (shortlisting) ซึ่งเป็นการจำกัดจำนวนผู้สมัครที่มีคุณสมบัติ (qualified candidate) เพื่อที่จะได้รับเชิญตามมาตรา 65 หรือจำกัดจำนวนผู้ยื่นข้อเสนอ (tender) ที่จะเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามมาตรา 66 ซึ่งเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาด้วยวิธีการเสนอราคาแบบจำกัด (Restricted Procedure) วิธีการต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure) วิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) และ วิธีการความร่วมมือทางนวัตกรรม (Innovation Partnership) ซึ่งต้องมีการจำกัดจำนวนผู้สมัครที่คุณสมบัติลงไป ซึ่งฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาจะต้องระบุเกณฑ์ (criteria) ในการจำกัดจำนวนผู้สมัครจนเหลือจำนวนขั้นต่ำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติไว้ในประกาศเชิญชวน (contract notice) หรือ หนังสือเชิญชวน (invitation)

จำนวนขั้นต่ำของผู้เข้าแข่งขันในการเสนอราคาแบบจำกัด (Restricted Procedure) จะอยู่ที่ 5 ราย ในขณะที่ วิธีการต่อรองเจรจา (Negotiated Procedure) วิธีการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) และ วิธีการความร่วมมือทางนวัตกรรม (Innovation Partnership) จะจำกัดอยู่ที่ 3 ราย ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องเชิญผู้เข้าแข่งขันเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าจำนวนขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตามหากมีผู้ที่มีคุณสมบัติต่ำกว่าจำนวนขั้นต่ำฝ่ายปกครองอาจดำเนินกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาต่อไปได้

ส่วนจำกัดจำนวนผู้ยื่นข้อเสนอ (tender) ที่จะเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาลงเพื่อที่จะต่อรองเจรจา (negotiated) ตามมาตรา 29(6) หรือในกระบวนการเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) ตามมาตรา 30 (4)

การจำกัดจำนวนในทุกกรณีต้องอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจเป็นการจำกัดโดยการจัดลำดับในบัญชี (official list) ที่รัฐสมาชิกทำขึ้นจากการสำรวจและให้คะแนนตามมาตรา 64 และ Annex VII ของ ของ Directive 2014/24/EU ซึ่งมักจะใช้เกณฑ์การให้คะแนนในทำนองเดียวกับเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้ชนะที่จะได้เข้าทำสัญญา (Contract Award Criteria) หรืออาจใช้วิธีการสุ่มเลือกในกรณีที่มีผู้ประกอบการจำนวนมากที่มีคุณสมบัติเท่าเทียมกัน[73]

2.3.4. เกณฑ์ในการคัดเลือกผู้จะได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง (Contract Award Criteria)

มาตรา 67 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 82 ของ Directive 2014/25/2014 ได้กำหนดเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้ชนะซึ่งจะได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญว่า หน่วยงานฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการทำสัญญาหรือองคภาวะผู้เข้าทำสัญญา จะคัดเลือกผู้ชนะซึ่งจะได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้เข้าร่วมการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ยื่นข้อเสนอที่เป็น*ประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุด*ต่อฝ่ายปกครอง (most economically advantages tender; MEAT) ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุดนั้น พิจารณาบนพื้นฐานของราคาหรือค่าใช้จ่าย (price or clause) ความคุ้มค่าของการใช้จ่าย (cost-

[73] Micheal Steinicke, *supra note* 62 p.121

Ref. code: 25595601032187GRS

effectiveness) เช่น ค่าใช้จ่ายโดยรวมตลอดวงจรชีวิตของสัญญา (life-cycle costing)[74] และรวมถึงการพิจารณาราคาที่ดีที่สุดในคุณภาพที่ดีที่สุด (best price-quality ratio) ซึ่งพิจารณาจากคุณภาพ (quality) ของข้อเสนอและผลกระทบในเชิงสิ่งแวดล้อมและสังคมตามสภาพของสัญญานั้น

ในการตัดสินใจฝ่ายปกครองสามารถการพิจารณาคุณภาพ (quality) ของวัตถุของสัญญาตามข้อเสนอ ทั้งในเชิงเทคนิค เชิงศิลปะ เชิงความสะดวกในการใช้งาน เชิงการออกแบบที่เหมาะสำหรับผู้ใช้บริการทุกกลุ่ม การเข้าถึงที่ง่าย หรือคุณภาพต่อสังคมสิ่งแวดล้อมหรือคุณค่าในเชิงนวัตกรรม และยังสามารถพิจารณาได้จากการบริหารจัดการ คุณสมบัติ และประสบการณ์ของผู้ยื่นข้อเสนอ เช่น บริการหลังการขาย (after-sale services) การช่วยเหลือในเชิงเทคนิค ไปจนถึงระยะเวลาหรือเทคนิคการส่งมอบสินค้า ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลยพินิจในการเลือกคู่สัญญาภายในกรอบที่สอดคล้องกับหลักการของ TFEU คือใช้ดุลยพินิจให้สอดคล้องกับหลักการแข่งขันที่เสรีเป็นธรรมและโปร่งใสนั่นเอง[75]

นอกจากนั้นเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญา (award criteria) จะต้องเชื่อมโยงกับการกำหนดรายละเอียดหรือโครงการของสัญญา (Specification) และสภาพของสัญญา (subject-matter) นั้น ในกรณีที่ราคาที่เสนอโดยผู้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาต่ำจนผิดปกติ (abnormally low tender) ฝ่ายปกครองก็อาจให้ผู้ประกอบกิจการรายนั้นชี้แจงแสดงเหตุผลเป็นหนังสือ ซึ่งเมื่อหลังจากฟังคำชี้แจงแล้วฝ่ายปกครองอาจปฏิเสธการเสนอราคาดังกล่าวได้ หากเหตุผลดังกล่าวไม่เป็นที่พอใจให้ฝ่ายปกครองเชื่อว่ามีเหตุอันสมควร[76]

มีข้อสังเกตว่า Directive ปัจจุบันได้จำกัดการใช้หลักเกณฑ์ผู้เสนอ *ราคาที่ต่ำที่สุด* (the lowest price) ลง โดยไม่ได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวเป็นเกณฑ์พิจารณาในการคัดเลือกผู้ชนะซึ่งจะได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองอีกต่อไป ซึ่งต่างจาก Directive 2004/18/EC ซึ่งทำให้รัฐสมาชิกต้อง

---

[74] ตามมาตรา 68 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 83 ของ Directive 2014/25/EU ค่าใช้จ่ายโดยรวมตลอดวงจรชีวิตของสัญญา (life-cycle costing) รวมถึง ค่าใช้จ่ายซึ่งฝ่ายปกครองหรือผู้ใช้บริการต้องแบกรับเช่นค่าใช่จ่ายในการรับทรัพย์มา ค่าใช้จ่ายในการใช้พลังงานและทรัพยากร ค่าบำรุงรักษา ค่าใช้จ่ายในการทำลายเมื่อสิ้นสภาพหรือในการรีไซเคิล ค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากผลิตภัณฑ์ บริการ หรืองานโยธาสาธารณะ เช่นค่าใช้จ่ายของรัฐในการควบคุมปริมาณก๊าซเรือนกระจก หรือมลพิษ ซึ่งหากรัฐจะใช้ค่าใช้จ่ายโดยรวมตลอดวงจรชีวิตของสัญญาเป็นเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญา จะต้องระบุไว้ในเอกสารประกอบการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา (Procurement documents)

[75] ตัวบทใส่ส่วนนี้เป็นผลมาจากการวางหลักโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี *Corcordia Bus Finland v. Helsingin kaupunki* Case C-513/99 [2002] ECR I-7213

[76] เหตุอันสมควรดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 69 วรรคสอง (a) - (f) ของ directive 2014/24/EU และมาตรา 84 วรรคสอง (a) - (f) ของ directive 2014/25/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

ปรับปรุงกฎหมาย[77]เกี่ยวกับการจัดหาโดยรัฐ (Public Procurement law) ให้สอดคล้องกับDirective ภายในปี 2016 นอกจากนั้น directive ฉบับล่าสุด ยังมุ่งหมายให้รัฐสมาชิกเคารพกฎเกณฑ์ในเรื่องของสิ่งแวดล้อมและสังคมมากขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ[78]

2.4 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา (Contact Management)

โดยหลักแล้วกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปไม่ได้มีผลไปถึงขั้นตอนการบริหารสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา แต่มุ่งเน้นไปที่การควบคุมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนของการคัดเลือกคู่สัญญา เพื่อให้เกิดการแข่งขันที่แท้จริงและขจัดการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามรัฐภาคีสมาชิกยังต้องเคารพหลักการตามพื้นฐาน TFEU อยู่ซึ่งก็คือการประกันความโปร่งใสและหลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเป็นหลักการซึ่งนำไปสู่การแข่งขันในตลาดร่วมอย่างเสรีเป็นธรรม รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่ประกันหลักการดังกล่าวให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมไปจนถึงขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญาด้วย นั่นแสดงว่ากฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปมีผลถึงขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาด้วย[79] แนวคิดนี้ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน ดังเช่นที่ปรากฏใน Chapter IV ซึ่งก็คือมาตรา 70 ถึงมาตรา73 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 87 ถึงมาตรา 90 ของ Directive 2014/25/EU และ Title III ได้แก่ มาตรา 42 ถึง 45 ของ Directive 2014/23/EU ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่การเรียกร้องให้รัฐสมาชิกจะต้องมีมาตรการในการประกันว่าการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการเศรษฐกิจจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสังคม และกฎหมายแรงงานของสหภาพยุโรป การควบคุมการช่วงสัญญา การแก้ไขสัญญา และการเลิกสัญญา

อย่างไรก็ตามปัญหาในทางปฏิบัติส่วนใหญ่เกิดขึ้นเมื่อเกิดการแก้ไขสัญญาภายหลังจากหน่วยงานของรัฐที่ได้ลงนามในสัญญาไปแล้ว โดยการแก้สัญญามีผลเป็นการให้ความช่วยเหลือเอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นพิเศษ (state-aid) อันถือเป็นการขัดต่อหลักการค้าที่เสรีเป็นธรรม และปัญหาเกี่ยวกับการช่วงสัญญา (Sub-contracting) ซึ่งอาจถือเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในเรื่องของการคัดเลือกคู่สัญญา

---

[77] เช่นการแก้ไข มาตรา 53 ของ Code des marchés publics ของฝรั่งเศส และการแก้ไขมาตรา 150.1 ของกฎหมาย 3/2011 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2011 ของสเปน เป็นต้น

[78] Marta Franch and Mireia Grau, “Contract Award Criteria”, European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p.162

[79] ก่อนที่จะมีการยอมรับให้ EU Directive มีผลในขั้นตอนปฏิบัติตามสัญญาด้วยการบัญญัติแก้ไข Directive มีการถกเถียงกันถึงสภาพบังคับของ Directive มีอยู่เหนือช่วงระยะเวลาหลังจากการที่ฝ่ายปกครองคัดเลือกคู่สัญญา (award of contact) จนถึงการลงนามในสัญญา (conclusion of contact) หรือไม่

Ref. code: 25595601032187GRS

2.4.1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา (Modification of contract)

ปัญหาเรื่องการแก้ไขสัญญาในเรื่องสาระสำคัญถูกหยิบยกขึ้นมาในปี 2008 ในคดี *Presstext*[80] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงกันระหว่างการแก้ไขสัญญาและการช่วงสัญญาที่เชื่อมโยงกัน ในคดีนี้รัฐบาลออสเตรียได้ทำสัญญาจ้างกับบริษัท Austrian Newspapers (APA) แล้วต่อมามีการตกลงกันแก้ไขสัญญา โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาผู้ให้บริการเป็นบริษัทอื่นซึ่ง APA ถือหุ้นทั้งหมด และมีการแก้ไขเนื้อหาของการให้บริการ ราคา และเพิ่มข้อสัญญาที่ให้อำนาจรัฐเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ทำให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายอื่นคือบริษัท Presstext ร้องเรียนต่อศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาใหม่ โดยเห็นว่ารัฐละเมิดหน้าที่ตาม EU public procurement directive และร้องเรียนว่าการแก้ไขสัญญาเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อพิพาทนี้ทำให้เกิดปัญหาสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ของ EU public procurement directive ซึ่งใช้นิยามของคำว่า “การคัดเลือกคู่สัญญา” (public procurement award) ในการระบุขอบเขตบังคับใช้ของ Directive เก่า ก่อนที่จะเปลี่ยนเป็น “กระบวนการจัดหา” “procedures for procurements” ซึ่งครอบคลุมกว่าในปัจจุบัน ทำให้เกิดปัญหาว่าขอบเขตของ Directive จะครอบคลุมไปถึงกระบวนการหลังการคัดเลือกคู่สัญญา (award) หรือไม่ โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดีนี้ได้ตัดสินวางหลักว่าการแก้ไขสัญญาใน “สาระสำคัญ” นั้นจะนำมาซึ่งหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ โดยการแก้ไขสัญญาใน “สาระสำคัญ” ได้แก่ การแก้ไขสัญญาที่เป็นการอนุญาตให้ผู้ประกอบการเศรษฐกิจรายอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาให้เข้ามาสัญญา เว้นแต่จะได้ทำตามมาตรการช่วงสัญญา (provision for sub-contracting) ซึ่งระบุไว้ในข้อสัญญาและประกาศเชิญชวนให้เข้าทำสัญญา การแก้สัญญาที่มีผลเป็นการรับข้อเสนอ (offer) ที่ไม่ปรากฏในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเดิม การแก้ไขสัญญาที่เป็นการขยายขอบเขตของสัญญาไปมากจนเสมือนเป็นสัญญาใหม่ และประการสุดท้ายคือการแก้สัญญาที่เป็นการเอื้อประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้กับคู่สัญญาเป็นพิเศษ เช่นการเพิ่มราคาหรือลดปริมานงานที่ต้องทำให้เป็นพิเศษ ดังนั้นคำพิพากษาในคดี *Presstext* จึงถือเป็นการขยายขอบเขต directive ออกไปถึงขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาและเท่ากับมีผลเป็นการห้ามโอนสัญญา (transfer contract) ไปโดยปริยาย ทำให้มีการแก้ไข directive ในปี 2014 ในเวลาถัดมา

ปัจจุบันหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาปรากฏในมาตรา 72 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 89 ของ Directive 2014/25/EU ส่วนการแก้ไขสัมปทานจะอยู่ในมาตรา 43 ของ Directive 2014/23/EU

มาตรา 72 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 89 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 43 ของ Directive 2014/23/EU ได้กำหนดว่าการแก้ไขสัญญา (contract)

---

[80] Case C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Austria* [2008] ECR I-4401 อ้างใน Mario E. Comba, “Principle of EU law relevant to the Performance of Public Contracts,” European Union Law of Public Contracts: Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p. 323.

Ref. code: 25595601032187GRS

การแก้ไขกรอบการเจรจา (framework agreement) และการแก้ไขสัมปทาน (concessions) จะทำได้โดยไม่ต้องมีการเริ่มต้นกระบวนการคัดเลือกสัญญาใหม่ก็ต่อเมื่อเป็นห้ากรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีเมื่อมีข้อสัญญาเดิมกำหนดให้คู่สัญญามีการทบทวนและแก้ไขสัญญากันอย่างชัดเจน เจาะจง และไม่เป็นที่สงสัย (clear, precise and unequivocal review clause) โดยไม่ทำให้ลักษณะเดิมของสัญญาต้องเสียไป เช่น กรณีของข้อสัญญาปรับราคา (price review clause) ตามมาตรา 72 (1) (a) มาตรา 89 (1) (a) และ มาตรา 43 (1) (a)

(2) กรณีเมื่อมีคำสั่งเพิ่มเติมจากฝ่ายปกครองในงานโยธาสาธารณะ บริการ หรือสินค้า ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเดิมและสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องการเพิ่มเติมนั้น ไม่อาจหาได้จากคู่สัญญารายอื่นซึ่งเป็นรายใหม่ได้ เนื่องจากสภาพของงานนั้นเป็นเรื่องในทางเทคนิคที่ต้องการ วัสดุ การบริการ การติดตั้งจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายเดิม และหากมีการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญาจะก่อความไม่สะดวกอย่างยิ่ง และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น อย่างไรก็ตามการแก้ไขสัญญาจะเป็นการขึ้นราคาของสัญญา (value of contract) จะเกินไปกว่าร้อยละห้าสิบของราคาของสัญญาเดิมไม่ได้ ตาม มาตรา 72 (1) (b) มาตรา 89 (1) (b) และ มาตรา 43 (1) (b)

(3) กรณีเมื่อได้ทำตามเงื่อนไขที่ว่า มีความจำเป็นในการแก้ไขสัญญาเนื่องจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งการแก้ไขสัญญาจะต้องไม่ทำให้สภาพโดยรวม (overall nature) ของสัญญาเดิมเปลี่ยนไปทั้งหมดและการแก้ไขสัญญาจะเป็นการขึ้นราคาของสัญญา (value of contract) จะเกินไปกว่าร้อยละห้าสิบของราคาของสัญญาเดิมไม่ได้ ตามมาตรา 72 (1) (c) มาตรา 89 (1) (c) และ มาตรา 43 (1) (c)

(4) กรณีที่เป็นการทำสัญญาเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ในกรณีที่มีข้อสัญญาเดิมกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง หรือเป็นกรณีที่มีการสืบสิทธิโดยทั้งหมดหรือบางส่วนของคู่สัญญาเดิม ได้แก่กรณีที่มีการปรับโครงสร้างองค์กร (corporate) การครอบงำกิจการอย่างไม่เป็นมิตร (Takeover) การควบรวมกิจการ (merger and acquisition) หรือ การเข้าซื้อกิจการที่ล้มละลาย (insolvency) หรือเป็นกรณีที่มีการใช้สิทธิเรียกร้องของฝ่ายปกครองโดยตรงกับผู้รับช่วงสัญญา (subcontractors) ซึ่งไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก[81] ตามมาตรา 72(1) (d) มาตรา 89 (1) (d) และ มาตรา 43 (1) (d)

(5) กรณีเป็นการแก้ไขสัญญาที่ไม่ใช่ *สาระสำคัญ* (substantial) ตามมาตรา 72 (1) (e) มาตรา 89 (1) (e) และ มาตรา 43 (1) (e) ซึ่งการแก้ไขสัญญาจะเป็นสาระสำคัญหรือไม่นั้นพิจารณาตาม มาตรา 72 (4) มาตรา 89 (4) และ มาตรา 43 (4) ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับคำ

---

[81] สหภาพยุโรปถือเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเดิมรูปแบบหนึ่ง เนื่องจากเดิมฝ่ายปกครองมีนิติสัมพันธ์กับคู่สัญญาหลัก (main contractor) ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับผู้รับช่วง อย่างไรก็ตามกฎหมายสหภาพเปิดช่องให้กฎหมายภายในสามารถบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้สิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อผู้รับช่วงได้เลยเสมือนมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน โปรดดูมาตรา 72 (1)(d)(iii) ประกอบกับมาตรา 71 ของ Directive 2014/24/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

พิพากษาในคดี *Presstext* กล่าวคือ การแก้ไขสัญญาจะเป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญ หากเป็น (1) การแก้ไขสัญญาที่เป็นการอนุญาตให้ผู้ประกอบการเศรษฐกิจรายอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาให้เข้ามาสัญญา (เว้นแต่จะได้ทำตามมาตรการซึ่งระบุไว้ในข้อสัญญาและประกาศเชิญชวนให้เข้าทำสัญญา) หรือ (2) เป็นการรับข้อเสนอที่ไม่ปรากฏในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเดิม หรือ (3) เป็นการแก้สัญญาที่เป็นการเอื้อประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้กับคู่สัญญาเป็นพิเศษ (change the economic balance in favour of the contractor) (4) การแก้ไขสัญญาที่เป็นการขยายขอบเขตของสัญญาไปมาก และ (5) การแก้ไขสัญญาที่มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญานอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 (1) (d) ของ Directive 2014/24/EU มาตรา 89 (1) (d) ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 43 (1) (d) ของ Directive 2014/23/EU

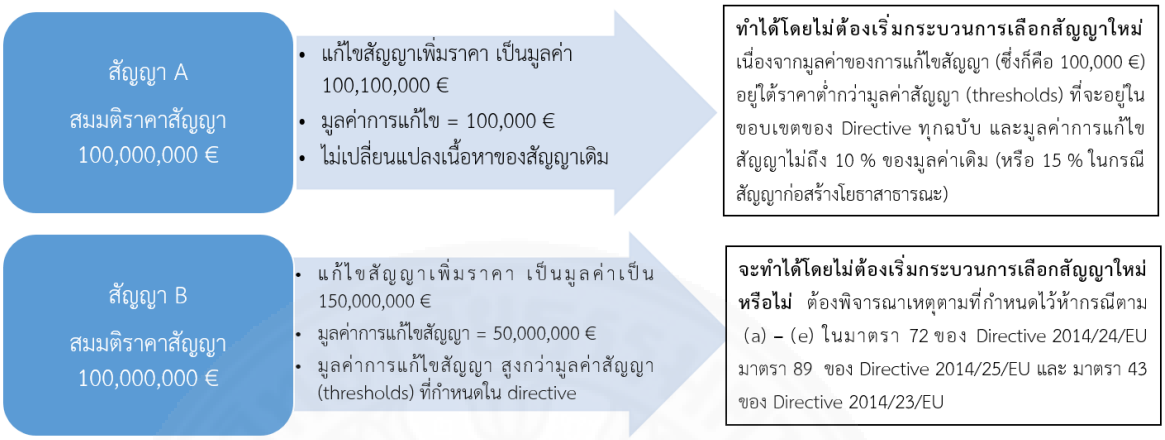
การแก้ไขสัญญาตามมาตรา 72 ของ Directive 2014/24/EU มาตรา 89 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 43 ของ Directive 2014/23/EU เฉพาะกรณี (1) (b) และ (1) (c) จะต้องมีการประกาศลงในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป (Official Journal of the European Union) ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยข้อมูลตามที่ระบุไว้ใน Annex V part G ของ Directive 2014/24/EU[82]

อย่างไรก็ตามไม่ว่าการแก้สัญญาที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ มาตรา 72 วรรคสอง 89 วรรคสอง และ 43 วรรคสอง กำหนดว่า การแก้ไขสัญญาที่มี *มูลค่าการแก้ไขสัญญา* (value of modification) ต่ำกว่ามูลค่าสัญญา (thresholds) ที่อยู่ในขอบเขตของ Directive และ มูลค่าของการแก้ไขสัญญานั้นต่ำกว่าร้อยละ 10 ของราคาสัญญาบริการ (service) หรือราคาสัญญาจัดซื้อจัดหา (supply) หรือราคาสัญญาสัมปทาน (concession) เดิม หรือต่ำกว่าร้อยละ 15 ของสัญญาโยธาสาธารณะเดิม สามารถทำการแก้ไขได้โดยไม่ต้องเปิดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ โดยมีเงื่อนไขว่าการแก้ไขดังกล่าวจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวมของสัญญาเดิม

[82] Annex XIV ในกรณีของ Directive 2014/25/EU และ Annex XI ในกรณีของ Directive 2014/23/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาจึงอาจสรุปได้โดยยกตัวอย่างตามแผนภาพต่อไปนี้



ภาพที่ 2.2 ตัวอย่างการแก้ไขสัญญาภาครัฐตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป

หากมีการแก้ไขสัญญานอกเหนือจากกรณีที่กล่าวมาทั้งหมด ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาจำเป็นที่จะต้องเริ่มกระบวนการคัดเลือกสัญญาใหม่ โดยการเลิกสัญญาเดิม (terminate contract)

2.4.2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญา (Termination of Contract)

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาเป็นเรื่องใหม่ที่เพิ่งได้รับการบัญญัติใน Directive ในปี 2014 เป็นครั้งแรก โดยได้รับการบัญญัติในมาตรา 73 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 90 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 44 ของ Directive 2014/23/EU ซึ่งมีเนื้อหาทำนองเดียวกันคือกำหนดให้รัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการประกันว่าฝ่ายปกครองจะสามารถเลิกสัญญาได้ภายใต้สถานการณ์และเงื่อนไขภายใต้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกเมื่อเกิดกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อสัญญาถูกแก้ไขในสาระสำคัญ (substantial modification) ตามมาตรา 72 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 89 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 43 ของ Directive 2014/23/EU

(2) เมื่อในขณะที่คัดเลือกคู่สัญญา คู่สัญญามีคุณสมบัติต้องห้าม ตามมาตรา 57(1) ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 38(4) ของ Directive 2014/23/EU

(3) เมื่อสัญญาถูกทำขึ้นโดยกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ (serious infringement) ของสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) และDirective อย่างร้ายแรง ซึ่งถูกศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปประกาศ (declared) ตามกระบวนการของมาตรา 258 ของ TFEU

Ref. code: 25595601032187GRS

มีข้อน่าสังเกตคือการกำหนดผลของสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของ Directive และ TFEU ไม่ว่าจะในส่วนของการทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม สหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ หรือกำหนดให้สัญญาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกมีพันธกรณีไปทำการเลิกสัญญาหลังจากที่มีการประกาศความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป การกำหนดผลดังกล่าวมีผลกระทบรุนแรงน้อยกว่าความเป็นโมฆะของสัญญาอย่างเห็นได้ชัด นับเป็นการประนีประนอมและหลอมรวมระบบที่แตกต่างในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองที่ยังคงแตกต่างกันในรัฐสมาชิก

2.4.3. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาช่วง (Subcontracting)

กรณีของการทำสัญญาช่วง (subcontract) ก่อนที่จะแก้ไข Directive ในปี 2014 เรื่องของการ subcontract ได้ถูกบัญญัติไว้เพียงในส่วนของการยื่นข้อเสนอ กล่าวคือฝ่ายปกครองอาจเรียกร้องให้ผู้ยื่นข้อเสนอระบุขอบเขตว่าตนจะใช้วิธีการช่วงสัญญาในงานส่วนใดและปริมาณเท่าไหร่ ทำให้ฝ่ายปกครองทราบว่าผู้ยื่นข้อเสนอจะมีการทำสัญญาช่วงตั้งแต่ก่อนทำสัญญาแล้ว ซึ่งฝ่ายปกครองอาจนำมาประกอบการพิจารณาเลือกคู่สัญญาได้ แต่ Directive ไม่ได้กำหนดว่าจะเกิดผลอย่างไร หากมีการทำสัญญาช่วงซึ่งผิดไปจากที่ฝ่ายปกครองทราบ หรือมีการทำสัญญาช่วงโดยที่ฝ่ายปกครองไม่อนุญาต ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหลังจากที่ได้ตัวคู่สัญญาแล้ว

จากการเกิดกรณีพิพาทในคดี *Siemen*[83] ซึ่งเป็นการพิพาทกันในกรณีที่กฎหมายของสาธารณรัฐออสเตรียกำหนดห้ามคู่สัญญาทำการช่วงสัญญาเกินกว่าร้อยละสามสิบทั้งหมด และห้ามเด็ดขาดในกรณีที่เป็นสาระหลัก (essential part) ของสัญญา ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินว่าการออกกฎหมายห้ามการทำสัญญาช่วงจึงเป็นไม่การขัดต่อ directive 92/50/ECC ซึ่งบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น โดยศาลได้แยกการทำสัญญาช่วงออกเป็นสองประเภทได้แก่ *หนึ่ง* สัญญาช่วงที่ทำขึ้นตามที่คู่สัญญาได้แจ้งไว้แล้วแต่แรกในข้อเสนอ ซึ่งศาลตัดสินว่ารัฐไม่อาจออกกฎเกณฑ์จำกัดการทำสัญญาช่วง โดยบังคับให้ฝ่ายปกครองไม่รับพิจารณาข้อเสนอที่มีการระบุให้ใช้สัญญาช่วง เนื่องจากเป็นการขัดต่อหลักการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม แต่อาจกำหนดในลักษณะของการกำหนดสัดส่วนของสัญญาช่วงซึ่งใช้บังคับกับผู้เข้าเสนอทุกรายอย่างเสมอภาคได้ และ *สอง* สัญญาช่วงที่ทำขึ้นใหม่ในขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งศาลกล่าวว่ารัฐสมาชิกอาจจำกัดการทำสัญญาช่วงประเภทนี้ได้ตามกฎหมายภายในของตน

คำพิพากษาคดี *Siemen* จึงมีอิทธิพลต่อบทบัญญัติในเรื่องสัญญาช่วง ใน Chapter IV ซึ่งก็คือมาตรา 71ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 88 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 42 ของ Directive 2014/23/EU ซึ่งมีเนื้อหาสาระสำคัญเหมือนกัน คือ

---

[83] Case C-314/01, *Siemen AG Austria and ARGE Telekom v. Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger* [2004] ECR I-2549 point 46 อ้างถึงใน Mario E. Comba, *supra note* 80 p.327.

Ref. code: 25595601032187GRS

(1) ในตั้งแต่ในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาสามารถเรียกร้องให้ผู้ยื่นข้อเสนอระบุในการขอบเขตการทำสัญญาช่วงไว้ในเอกสารประกอบการคัดเลือกคู่สัญญา (procurement documents) ได้

(2) ผู้รับช่วงสัญญาจะต้องการประกันว่าการปฏิบัติตามสัญญาของตนจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสังคม และกฎหมายแรงงานในทำนองเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาช่วง

(3) รัฐสมาชิกยังอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถชำระเงินในงานที่เป็นส่วนของผู้รับช่วงสัญญา (subcontractors) ให้กับตัวคู่สัญญาหลัก (the main contractor) ได้โดยตรง โดยที่คู่สัญญาหลักยังคงมีความรับผิด (liability) ในงานที่ช่วงไปทุกประการ

ในกรณีของสัญญาโยธาสาธารณะและสัญญาบริการที่อยู่ภายใต้การกำกับของฝ่ายปกครอง หลังจากที่มีการคัดเลือกคู่สัญญาแล้ว ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายปกครองสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาหลักแจกแจงรายละเอียดของผู้รับช่วงสัญญา ไม่ว่าจะเป็นชื่อ สถานะทางกฎหมาย หรือรายละเอียดของสัญญาช่วง นอกจากนั้นยังสามารถให้คู่สัญญาหลักแจ้งความเปลี่ยนแปลงของข้อมูลดังกล่าว หรือระบุเงื่อนไขสำหรับผู้รับช่วงสัญญารายใหม่ก็ได้ ซึ่งนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของการยอมรับเอกสาร European Single Procurement document (ESPD) ตามมาตรา 59 ของ Directive 2014/24/EU และ มาตรา 80(3) ในกรณีของ Directive 2014/25/EU และใบรับรองคุณสมบัติ (certificates and other supporting documents) ของผู้ยื่นข้อเสนอมาใช้โดยอนุโลม นอกจากนั้นยังไม่ห้ามรัฐสมาชิกในการใช้กฎหมายกำหนดให้การช่วงสัญญาในสัญญาจัดหาพัสดุ (supply contract) และสัญญาบริการที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การกำกับของฝ่ายปกครอง และการช่วงที่มีผู้รับช่วงของผู้รับช่วง (subcontractors of the main contractor's subcontractors) ในวงจรการช่วงสัญญา (subcontracting chain) ให้อยู่ภายใต้หน้าที่ในทำนองเดียวกันนี้เช่นกัน รัฐสมาชิกยังมีสิทธิในการใช้กฎหมายภายในกำหนดห้ามการช่วงสัญญาบางชนิด หรือในสัดส่วนใดๆ ภายใต้การเคารพหลักกฎหมายทั่วไปของ TFEU

ทั้งนี้ผู้ที่จะรับช่วงสัญญาต้องไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 57 ของ Directive 2014/24/EU ซึ่งอนุโลมใช้กับ Directive 2014/25/EU โดยผลของมาตรา 88 และ มาตรา 38 (4) – (10) ในกรณีของ Directive 2014/23/EU หากผู้รับช่วงสัญญาขาดคุณสมบัติ ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการทำสัญญาสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาหลักเปลี่ยนตัวผู้รับช่วงสัญญาได้

2.5 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย (Review and Remedies)

การตรวจสอบทำสัญญาภาครัฐ ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นในตัวเนื้อหาของสัญญาหรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ และการเยียวยาผู้เสียหายจากกระบวนการดังกล่าว ไม่ได้มีลักษณะเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาและ

Ref. code: 25595601032187GRS

กระบวนการโดยลักษณะที่องค์กรของสหภาพยุโรปเข้าไปตรวจสอบโดยตรง แต่เป็นการควบคุมโดยอ้อมผ่านทางบังคับให้รัฐภาคีสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ สืบเนื่องมาจากหลักการที่ว่ารัฐภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปมีพันธกรณีในการทำให้หลักการในสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) รวมถึงกฎหมายลำดับรอง ไม่ว่าจะเป็น Directive หรือ Regulation มีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงภายในรัฐของตนดังนั้น รัฐสมาชิกจึงต้องมีพันธกรณีในการทำให้หลักการเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐใน EU Public Procurement Directives ได้แก่ Directive 2014/24/EU Directive 2014/25/EU และ Directive 2014/23/EU มีผลใช้บังคับกับกระบวนการทำสัญญาและการปฏิบัติตาม กับสัญญาภาครัฐในรัฐของตนซึ่งอยู่ในขอบเขตบังคับของ Directive ดังกล่าว

แม้ว่า Directive ทั้งสามฉบับข้างต้นจะกำหนดกลไกการบังคับรัฐภาคีสมาชิก ด้วยการกำหนดให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับ Directive ต้องสอดส่องตรวจตรา (monitoring) หน่วยงานฝ่ายปกครองของตน และต้องทำรายงานผลการปฏิบัติงานตามแนวทางของสหภาพยุโรปก็ตาม แต่ Directive ทั้งสามฉบับไม่ได้กำหนดกระบวนการตรวจสอบสัญญาและเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด ปัจจุบันกระบวนการตรวจสอบสัญญาภาครัฐและการเยียวยาผู้เสียหายเป็นเรื่องที่อยู่ขอบเขตของแนวปฏิบัติของประชาคมยุโรปเกี่ยวกับการเยียวยาค่าเสียหายที่ 2007/66/EC (EU Remedies Directive) และกระบวนการยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตามสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) ซึ่งเป็นการฟ้องตัวรัฐที่ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Infringement procedure)

สหภาพยุโรปเป็นประชาคมที่อยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม[84] (rule of law) จึงได้ให้ความสำคัญกับการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพอย่างไม่มีข้อยกเว้น เป็นไปตามมาตรา 6 และ 13 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European convention on human rights) นอกจากนั้นศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ยืนยัน “หลักการคุ้มครองทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ” (principle of effective judicial protection) ให้อยู่ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายสหภาพยุโรป (general principle of EU law)[85] เมื่อสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติในกระบวนจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นสิทธิที่กฎหมายสหภาพยุโรปรับรอง องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญา (review bodies) ในรัฐภาคีสมาชิกจึงต้องการประกันว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการจัดหา (Procurement procedure) ของสหภาพยุโรปนั้นได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม

แนวปฏิบัติของประชาคมยุโรปเกี่ยวกับการเยียวยาค่าเสียหายที่ 2007/66/EC (EU Remedies Directive) ที่มีมาจากการหามาตรการจัดการรัฐภาคีสมาชิกซึ่งละเมิดหลักการของ

---

[84] Case C-294/83, *Les Verts v. Parliament* [1983], at [23] อ้างถึงใน Kris Wauters, “Public Procurement Review Bodies (including Antifraud Measures)” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p.341

[85] Case C-222/84, *Johnston* [1986] ECR 1651, at [18] อ้างถึงใน *ibid.*

Ref. code: 25595601032187GRS

สหภาพยุโรป ด้วยการออกมาตรการส่งเสริมตลาดภายในประเทศตนเองถือเป็นการละเมิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมและสิทธิในการที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติในการกระบวนการคัดเลือกสัญญาภาครัฐของเอกชนในประเทศภาคีสมาชิกอื่นๆ ในวันที่ 21 สิงหาคม 1989 สภาประชาคมยุโรป (Council of the European Communities) จึงได้ทำการอนุมัติ Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับความร่วมมือในมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในกิจการทั่วไปและกิจการพิเศษ Directiveทั้งสองฉบับบังคับใช้เรื่อยมาจนถูกแก้ไขให้สมบูรณ์ขึ้นโดย Directive 2007/66/EC ในวันที่ 11 ธันวาคม 2007 Directive ทั้งสามฉบับนี้ การวางหลักประกันว่า ผู้ที่เข้าร่วมกระบวนการจัดหาภาครัฐ (Procurement Procedure) จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐละเมิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปซึ่งกำหนดไว้ใน Directive 2014/24/EU Directive 2014/25/EU และ Directive 2014/23/EU

ในส่วนนี้จะทำการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับ (1) องค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐ (review bodies) (2) กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรป (Infringement procedure) และ (3) วิธีการเยียวยา (remedies) แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากกระบวนการคัดเลือกสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังนี้

2.5.1. องค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐตามระบบกฎหมายสหภาพยุโรป (review bodies)

Directive 2007/66/EC (Remedies Directive) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐของรัฐภาคีสมาชิกในมาตรา 2 (9) ดังนี้

> “หากองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐไม่ใช่องค์กรตุลาการ การทำคำวินิจฉัยจะต้องทำเป็นหนังสือ และจะต้องมีการประกันความสามารถในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีข้อผิดพลาดต่อองค์กรตุลาการหรือองค์กรอื่นที่มีลักษณะเป็นศาลหรือคณะตุลาการตามมาตรา 234 ของ Treaty establishing the European Economic Community (ซึ่งปัจจุบันคือมาตรา 267 ของ TFEU) ซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐดังกล่าว
>
> กฎเกณฑ์ในการแต่งตั้งและการพ้นวาระของสมาชิกขององค์กรอื่นที่มีลักษณะเป็นศาลหรือคณะตุลาการ จะต้องเป็นไปทำนองเดียวกับกรณีของตุลาการในองค์กรตุลาการ ในเรื่องของอำนาจหน้าที่ ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง การถอนออกจากตำแหน่ง โดยอย่างน้อยที่สุดประธานขององค์กรนั้นจะต้องมีคุณสมบัติเดียวกับผู้พิพากษา และจะต้องตัดสินข้อพิพาทโดยเคารพหลักฟังความสองฝ่าย

Ref. code: 25595601032187GRS

และคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องมีสภาพบังคับทางกฎหมายตามกฎหมายในรัฐสมาชิก”

หลักเกณฑ์ในขั้นต้น แสดงให้เห็นว่าสหภาพยุโรปได้ให้สิทธิรัฐสมาชิกในการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในรัฐในเรื่องการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายกับผู้ที่ถูกกระทบสิทธิ และมีอิสระในการออกแบบและกำหนดองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐในระดับหนึ่ง ทั้งนี้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ประกันว่าการคุ้มครองดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพ โดยสหภาพยุโรปได้กำหนดทางเลือกเพียงสองทางในการกำหนดรูปแบบขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐให้เกิดประสิทธิภาพ ได้แก่ (1) กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐ (review by administrative body) ควบคู่ไปกับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (review by judicial body) ด้วยการอุทธรณ์ และ (2) กำหนดให้องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐโดยตรงเพียงอย่างเดียว

2.5.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครอง (Administrative Phase Control)

รัฐภาคีสมาชิกอาจออกแบบระบบการตรวจสอบสัญญาภาครัฐ โดยให้องค์กรฝ่ายปกครองของตนทำหน้าที่ตรวจสอบสัญญาภาครัฐและกระบวนการการจัดหาภาครัฐ (Procurement Procedure) ได้ สืบเนื่องมาจากมาตรา 13 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights)[86] โดยอาจให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเองเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาภาครัฐ หรืออาจกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นหรือองค์กรอิสระทางปกครองก็ได้ ดังนั้นโดยหลักแล้วการตรวจสอบกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐ อย่างไรก็ตาม Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC ซึ่งถูกแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมบังคับให้คำวินิจฉัยโดยองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีการให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษร และในระหว่างขั้นตอนของการตรวจสอบกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้าง จะต้องมีการประกันสิทธิระหว่างกระบวนพิจารณาของคู่กรณี ในลักษณะเดียวกับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หลักการคุ้มครองทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ และหลักความโปร่งใสของกระบวนพิจารณาทางปกครอง การกำหนดรูปแบบขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างในรูปแบบขององค์กรฝ่ายปกครอง เปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ถูกกระทบสิทธิซึ่งได้แก่ผู้ที่เสียหายจากการที่ไม่ได้รับเลือกให้เข้าทำสัญญาสามารถเลือกได้ว่าจะนำคดีไปสู่ศาลหรือไม่ เนื่องจากผู้กระทบสิทธิอาจพอใจกับผลการพิจารณาในชั้นของเจ้าหน้าที่

---

[86] มาตรา 13 เป็นเรื่องของสิทธิในการได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to an effective remedy) “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพซึ่งได้ให้ไว้โดยอนุสัญญานี้จะต้องได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพโดยฝ่ายปกครองแม้ว่าการละเมิดเช่นนั้นจะกระทำโดยบุคคลซึ่งกระทำแทนฝ่ายปกครองก็ตาม”

Ref. code: 25595601032187GRS

อย่างไรก็ตามการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภาครัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นไม่เพียงพอ เนื่องจากการสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยองค์กรตุลาการเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมายประชาคมยุโรป รัฐภาคีสมาชิกจึงต้องออกแบบระบบกฎการตรวจสอบสัญญาภาครัฐที่มีการประกันสิทธิในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองดังกล่าวต่อศาล

2.5.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Phase Control)

รัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่จะต้องออกแบบให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภาครัฐและกระบวนการจัดหาภาครัฐ (procurement procedure) โดยองค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาล (court) หรือคณะตุลาการ (tribunal) เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนในสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้กำหนดนิยามของคำว่า ศาล (court) หรือคณะตุลาการ (tribunal) ที่มีเขตอำนาจเหนือคดีตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการจัดหาภาครัฐโดยปล่อยให้การจัดสรรอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการจัดหาภาครัฐย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ภายในของรัฐสมาชิกในเรื่องของระบบศาลซึ่งเรียกได้ว่า หลักอิสระในการเลือกวิธีพิจารณาคดีภายในรัฐ (Principal of national procedural autonomy) อันเป็นหลักที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางไว้ในคดี *Salgoli* [87]

นิยามคำว่า “ศาล” หรือ “คณะตุลาการ” ที่กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดเป็นไปตามมาตรา 2 (9) ของ Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC ซึ่งถูกแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC กล่าวคือ “ศาล”หรือ “คณะตุลาการ” ที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในประเทศภาคีสมาชิก จะต้องเป็น “องค์กรตุลาการ” ตามความหมายในมาตรา 267 ของ TFEU และจะต้องเป็นองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ ทั้งจากคู่สัญญาและหน่วยงานปกครองซึ่งองค์กรศาลได้ตรวจสอบอุทธรณ์ และจะต้องมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการ ระยะเวลาที่อยู่ในตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง การห้ามดำรงตำแหน่งต่างๆในฝ่ายปกครอง ในลักษณะที่ประกันความเป็นอิสระของตุลาการจากฝ่ายปกครอง และอย่างน้อยที่สุดประธานขององค์กรจะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายแบบเดียวกับตุลาการ และจะต้องมีหลักประกันในเรื่องการรับฟังคู่ความ[88] และคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการจะต้องมีผลผูกพันทางกฎหมายแก่คู่ความ

ในอดีตสหภาพยุโรปเลือกที่จะปล่อยให้นิยามของ“ศาล”หรือ “คณะตุลาการ” เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกซึ่งมีลักษณะแตกต่างกัน นำมาสู่ปัญหาที่ว่าพลเมืองของ

---

[87] Case C-13/68, Salgoli [1968] ECR 661 อ้างใน Kris Wauters, *supra note* 84, p.352

[88] โปรดดู Case C-276/01 *Steffensen* [2003] ECR I-3735 ซึ่งวางหลักการรับฟังคูความ (fair hearing) เชื่อมโยงกับ มาตรา 6 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights; ECHR)

Ref. code: 25595601032187GRS

สหภาพยุโรปอาจได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายแตกต่างกันทั้งที่ลักษณะของเรื่องเหมือนกัน ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจึงวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการกำหนดนิยามของความเป็น“ศาล”หรือ“คณะตุลาการ” โดยกำหนด เกณฑ์ในเชิงการทำงาน (Functional criteria) และ เกณฑ์ในเชิงองค์กร (Structural criteria) ผ่านการตีความมาตรา 267 ของ TFEU ในคำพิพากษาต่างๆ[89] เช่นคำนึงว่าองค์กรดังกล่าวถูกจัดตั้งโดยกฎหมายหรือไม่ เป็นองค์กรถาวรที่ไม่ถูกจัดตั้งขึ้นเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่ คำวินิจฉัยขององค์กรมีสภาพบังคับหรือไม่ มีกระบวนการที่เปิดให้คู่ความได้ต่อสู้เต็มที่หรือไม่ องค์กรดังกล่าวมีความเป็นอิสระสอดคล้องกับหลักนิติธรรมหรือไม่[90] อย่างไรก็ตามการกำหนดนิยามขององค์กรตุลาการผ่านการตีความมาตรา 267 ของ TFEU ในคำพิพากษายังไม่เป็นระบบและไม่เป็นเอกภาพมากนัก[91]

เกณฑ์ในเชิงการทำงาน (Functional criteria) ดังกล่าวแบ่งเป็นสองหลักเกณฑ์ คือ (1) “ศาล”หรือ “คณะตุลาการ” จะต้องถูกก่อตั้งโดยกฎหมาย[92] หรือ อย่างน้อยมีลักษณะที่ถูกควบคุมโดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจบังคับด้วยตนเอง (compulsory nature) [93] และ (2) องค์กรนั้นจะต้องมีลักษณะทางตุลาการ (Judicial function) กล่าวคือ องค์กรตุลาการจะต้องให้คำวินิจฉัยที่เป็นการตัดสินข้อพิพาทได้ โดยคำวินิจฉัยจะต้องชัดเจนเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทไม่ใช่แค่เป็นการตอบข้อหารือ[94] และคำวินิจฉัยนั้นจะต้องมีผลผูกพันทางกฎหมาย[95] ซึ่งมีผลผูกพันให้องค์กรฝ่ายปกครอง

---

[89] Case C-192/98, *AN AS* [1999] ECR I-8583 at [22] และ Case C-440/98, *RAI* [1999] ECR I-8597 at [13] อ้างใน Kris Wauters, *supra note* 84, p. 347.

[90] Case C-53/03, *Syfait* [2006] ECR I-4609 at [29], Joined Case C-110/98 ถึง C-147/98, *Gabalfrisa and others* [2000] ECR I-1577, at [33] , Case C-195/98, *ÖsterreichischerGewerkschaftsbund* [2000] ECR I 10497 at [24] และ Case C-516/99, Schmid [2002] ECR I-4573, at [34] อ้างใน *ibid.*

[91] Barav A. “Tâtonnement prejudicial: La notion de jurisdiction en droit communautaire” Liber Amicorum in honour of Bo Verterdorf, (Brussels: Bruylant, 2007), pp. 82-83 อ้างใน *ibid.*

[92] Case C-54/96, *Dorch Consult Ingenieurgesellschaft* [1997] ECR I-4961 at [25] อ้างใน *ibid.*, p. 350.

[93] Case C-246/80, *Broekmeulen* [1981] ECR 2311. อ้างใน *ibid.*

[94] Case C-195/98, *ÖsterreichischerGewerkschaftsbund* [2000] ECR I 10497 at [15] อ้างใน *ibid.* p. 351.

[95] ตามนัยยะของมาตรา 2(9) Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC ซึ่งถูกแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC “...คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องมีสภาพบังคับทางกฎหมายตามกฎหมายในรัฐสมาชิก” (the independent review body will render decisions which shall be legally binding.)

Ref. code: 25595601032187GRS

ต้องออกคำวินิจฉัยใหม่ได้ ดังที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี *CS Austria ECJ*[96] ได้ตัดสินว่า ลักษณะของ Bundesvergabeamt (Austrain Federal Procurement Office) ของออสเตรียมีลักษณะเป็น“คณะตุลาการ” (court of tribunal) เนื่องจากเหตุผลสองประการคือ (1) กฎหมายจัดหาภาครัฐของประเทศออสเตรีย (Bundesvergabegesetz) ให้อำนาจ Bundesvergabeamt ในการระงับกระบวนการจัดหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดได้และ (2) คำวินิจฉัยของ Bundesvergabeamt มีผลผูกพันทางกฎหมายทันที

ส่วนหลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร (Structural criteria) พิจารณาได้จากการที่ศาล”หรือ “คณะตุลาการ” จะต้องเป็นอิสระและเป็นองค์กรถาวร ไม่ถูกจัดตั้งขึ้นเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งตามมาตรา 267 TFEU หลักของความเป็นอิสระสามารถมองได้ในสองมุมมอง คือ (1) มุมมองจากภายนอกกล่าวคือ องค์กรจะต้องมีระบบป้องกันไม่ให้มีปัจจัยมากระทบกับความเป็นอิสระของคำวินิจฉัย หมายความว่าจะต้องมีระบบที่ประกันความเป็นอิสระของตุลาการเช่น การป้องกันไม่ให้ตุลาการถูกให้ออกจากตำแหน่ง และ (2) มุมมองจากภายใน คือการไม่มีส่วนได้เสียของตุลาการ บนพื้นฐานตามหลักนิติธรรมนั่นเอง

2.5.2 กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรป (Infringement procedure)

กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรป (Infringement procedure) เป็นการดำเนินคดีกับรัฐในศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ตามมาตรา 258 ของ สนธิสัญญาการทำงานของสหภาพยุโรป (TFEU) ซึ่งบัญญัติว่า

> “หากคณะกรรมาธิการยุโรปเห็นว่ารัฐสมาชิกล้มเหลวในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญา คณะกรรมาธิการยุโรปจะต้องส่งความเห็นและเหตุผลประกอบให้กับรัฐสมาชิกนั้นเพื่อเตือนให้ปฏิบัติตามพันธกรณี หากรัฐสมาชิกยังไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในระยะเวลาที่คณะกรรมาธิการกำหนด คณะกรรมาธิการอาจนำเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้”

รัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการปฏิบัติตามกฎหมายการจัดหาภาครัฐของสหภาพยุโรป (EU public procurement law) หากรัฐละเลยพันธกรณีดังกล่าวจนทำให้ฝ่ายปกครองในรัฐตนทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายการจัดหาภาครัฐของสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นในระดับ TFEU หรือ Directive คณะกรรมาธิการยุโรปมีสิทธิแจ้งเตือนให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณี และหากรัฐสมาชิกยังไม่ปฏิบัติภายในระยะเวลาที่กำหนด คณะกรรมาธิการยุโรปย่อมมีดุลยพินิจในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้

กรณีที่คณะกรรมาธิการยุโรปนำเรื่องไปถึงศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป อาจมีทั้งกรณีที่คณะกรรมาธิการยุโรปตรวจสอบพบการละเมิดพันธกรณีของรัฐสมาชิกด้วยตนเอง เช่น

---

[96] Case C-424/01, CS Austria [2003] ECR I-3249 at [22] and [23] อ้างใน Kris Wauters, *supra note* 84 , p. 351

Ref. code: 25595601032187GRS

หลังจากที่ได้ตรวจดูกฤษฎีกาสหภาพยุโรป (analysis of notices in the Official Journal) แล้วพบว่ารัฐสมาชิกฝ่าฝืนพันธกรณีในการโฆษณาประกาศ (Publication) หรือมีการตรวจพบหลังจากการตั้งกระทู้ถามในรัฐสภายุโรป (European Parliament question) หรือหลังจากตรวจสอบการใช้เงินในสัญญา เป็นต้น นอกจากนั้นยังมีกรณีที่คณะกรรมาธิการยุโรปนำเรื่องไปถึงศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปหลังจากการที่ร้องเรียนจากปัจเจกชน (individual complaint) ซึ่งถือเป็นนวัตกรรมที่เปิดช่องให้บุคคลที่เสียหายสามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมาธิการยุโรปได้โดยตรง

การรับการร้องเรียนจากปัจเจกชน (Individual complaint) โดยคณะกรรมาธิการยุโรป มีเงื่อนไขที่สำคัญคือ การทำข้อร้องเรียนจะต้องทำเป็นหนังสือ (written complaint) ซึ่งต้องมีรายละเอียดพื้นฐานที่เพียงพอให้คณะกรรมาธิการฯสามารถสอบสวนตามข้อร้องเรียนได้ หลังจากการรับข้อร้องเรียนดังกล่าวแล้วย่อมเป็นการเริ่มการกระบวนการในชั้นของคณะกรรมาธิการ (pre-litigation procedure) ซึ่งมีหลายขั้นตอน เริ่มจากการส่งจดหมายอย่างไม่เป็นทางการ (informal letter) แจ้งต่อรัฐสมาชิกให้ทราบถึงปัญหาและการมูลเหตุที่สงสัยถึงการละเมิดพันธกรณีผ่านทางผู้แทนถาวรของรัฐสมาชิกประจำกรุงบรัซเซลส์ (Permanent Representative of Member State in Brussels) หลังจากนั้นจึงเริ่มกระบวนการภายใต้มาตรา 258 ของ TFEU ด้วยการส่งหนังสืออย่างเป็นทางการ (formal notice) ให้กับรัฐภาคีสมาชิก เพื่อเชิญให้รัฐสมาชิกลงนามสังเกตการณ์ (observation) เพื่อแก้ไขปัญหาภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งในหนังสือออย่างเป็นทางการจะต้องระบุประเด็นข้อพิพาท ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการร้องเรียนของปัจเจกชนโดยสรุป[97] และจะต้องมีข้อมูลที่เพียงพอให้รัฐสมาชิกสามารถเตรียมการป้องกันต่อสู้คดีได้[98]

หากหลังจากที่รัฐสมาชิกลงนามสังเกตการณ์แล้ว ยังคงไม่สามารถแก้ไขปัญหาโดยการตกลงกันระหว่างรัฐสมาชิกกับคณะกรรมาธิการฯได้ คณะกรรมาธิการจะออกความเห็นของคณะกรรมาธิการ (Reasoned Opinion) ซึ่งระบุรายละเอียดว่ารัฐสมาชิกได้ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรปข้อใดบ้าง ซึ่งรัฐสมาชิกจะต้องตอบกลับภายในระยะเวลาที่สมควร (reasonable time) ซึ่งอาจเป็นระยะเวลาที่สั้นในกรณีที่เร่งด่วน[99] รัฐสมาชิกจะต้องให้เหตุผลที่น่าพอใจกับคณะกรรมาธิการ โดยสิทธิในการป้องกันด้วยการชี้แจงรายละเอียด หากคณะกรรมาธิการไม่พอใจกับเหตุผลดังกล่าว คณะกรรมาธิการยุโรปมีดุลยพินิจ[100]ที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป แม้ว่าจะพ้นระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายภายใน

---

[97] Case C-274/83, Commission v. Italy [1985] ECR 1077 at [21] อ้างใน *ibid.*, p.354.

[98] Case C-211/81, Commission v. Denmark [1982] ECR 4547 at [8] อ้างใน *ibid.*, p.354.

[99] Case C-328/96, Commission v. Austria [1999] ECR I-7479 at [53-56] อ้างใน *ibid.*, p.354.

[100] Joint Case C-20/1 and C-28/01, Commission v. Germany [2003] ECR I 3609 at [30] อ้างใน *ibid.*, p.355.

Ref. code: 25595601032187GRS

ของรัฐสมาชิกนั้นๆแล้วก็ตาม[101] ซึ่งหากศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตัดสินว่ารัฐสมาชิกได้ละเมิดพันธกรณีจริง ย่อมนำมาสู่ความรับผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศ เช่นการถูกลงโทษปรับ (financial penalty) จนกว่ารัฐจะปฏิบัติตามพันธกรณี

2.5.3 การเยียวยาผู้เสียหายตามกระบวนการของ Remedies directives

Remedies Directive ของสหภาพยุโรป ได้แก่ Directive 89/665/EEC และ Directive 92/13/EEC ซึ่งถูกแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC ได้กำหนดพันธกรณีของรัฐสมาชิกในการประกันว่ากระบวนการตรวจสอบสัญญาภาครัฐในรัฐของตนจะ “มีประสิทธิภาพ” และ “มีความรวดเร็ว”และมีจุดมุ่งหมายให้การชดใช้ค่าเสียหาย (damages) แก่ผู้เสียหายตามกฎหมายภายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำเดียวกัน ในขณะที่ยังให้ดุลยพินิจแก่รัฐสมาชิกในการกำหนดรูปแบบขององค์กรผู้พิจารณาข้อพิพาทคดีเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐและรูปแบบการชดใช้ค่าเสียหาย (action for damages) Remedies directives ทั้งสามฉบับจึงตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานสำคัญสามประการคือหลักความมีประสิทธิภาพ (principle of effectiveness) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination) และหลักอิสระในการเลือกวิธีพิจารณาคดีภายในรัฐ (principle of procedural autonomy)

ในเรื่องเชิงเทคนิค Remedies directives ในฉบับปัจจุบันยังกำหนดให้กระบวนการทำสัญญาภาครัฐต้องมีมาตรฐานในเรื่อง ระยะเวลายืน (Standstill Requirement) กล่าวคือ จะต้องมีช่วงเวลาสั้นๆซึ่งห้ามฝ่ายปกครองลงนามสัญญา เพื่อให้ผู้เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเรียกร้องวิธีเยียวยาทางกฎหมายต่อองค์กรที่มีอำนาจในรัฐสมาชิกภายในระยะเวลาดังกล่าว หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลายืนนั้นเกิดขึ้น เนื่องจากสภาพปัญหาก่อนจะมีการแก้ไข Directive ทั้งสองฉบับ นั้นไม่มีการกำหนดระยะเวลาระหว่างหลังจากคัดเลือกจนได้ผู้ชนะซึ่งเป็นคู่สัญญาจนถึงการลงนามในสัญญา (conclusion of contract) ทำให้ผู้ที่เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถฟ้องคดีได้ทันเวลา และฝ่ายปกครองเองก็ปฏิเสธที่จะย้อนกลับไปแก้ไขหรือเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ (irreversible contracts award)

ในส่วนของผลของคำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญา (result of a decision of an review body) โดยเฉพาะการกำหนด “ผล” ของสัญญาที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น Remedies directives ในฉบับปัจจุบันนั้น ได้วางกฎเกณฑ์ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลายืน (Standstill period) ที่กระทบกับหลักการแข่งขันที่เสรีเป็นธรรมและหลักความโปร่งใส จะต้องถูกมองว่า “ไม่มีสภาพบังคับ” (ineffective) ซึ่งถือเป็นการกำหนดคำกลางๆ เพื่อให้ปรับใช้ได้กับระบบสัญญาของฝ่ายปกครองที่แตกต่างกันของรัฐสมาชิก เนื่องจากการ “ไม่มีสภาพบังคับ” (ineffective) ของสัญญาจึงอาจไม่ได้มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับความเป็น “โมฆะ” (nullity) ของสัญญาตามกฎหมายภายในของบางรัฐสมาชิกก็ได้ กฎหมายของสหภาพยุโรปจึงเปิดช่องให้รัฐสมาชิกสามารถใช้กฎหมายภายในกำหนดผลของสัญญาซึ่งถูกมองว่า “ไม่มีสภาพ

[101] Case C-17/09, Commission v.Germany [2010] ECR I-4

Ref. code: 25595601032187GRS

บังคับ" (ineffective) ได้อย่างอิสระ กล่าวคือ รัฐสมาชิกอาจกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอาจไม่มีผลใช้บังคับกันได้เลยตั้งแต่ต้น ซึ่งเป็นการกำหนดให้สัญญาไม่มีสภาพบังคับที่มีผลย้อนหลัง (retroactive) ที่เรียกว่า *ex tunc* หรือ รัฐสมาชิกอาจกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอาจไม่มีผลใช้บังคับกันอย่างจำกัด ไม่กระทบต่อความสัมพันธ์เชิงสัญญาย้อนหลังไปในอดีต เพียงแต่ระงับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไปในอนาคตที่เรียกว่า *ex nunc* [102] ก็ได้

อย่างไรก็ตามแม้ Remedies Directives จะเปิดช่องว่างให้รัฐสมาชิกใช้กฎหมายภายในของตนกำหนดวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ ตามหลักอิสระในการเลือกวิธีพิจารณาคดีภายในรัฐ (principle of procedural autonomy) ก็ตาม แต่การกำหนดผลของคำพิพากษาจะต้องเป็นไปอย่างได้สัดส่วน (proportionate) โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงแห่งนิติฐานะของคู่สัญญา (legal certainty) Remedies Directives จึงได้กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย (legal redress in public contract) เอาไว้ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐสมาชิกในการออกแบบกฎเกณฑ์ในรัฐให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว ได้แก่ หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราว (interim protection) การเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (set aside and annulment of decisions of contracting authorities) และ การกำหนดค่าเสียหาย (actions for damages) ดังนี้

(1) การคุ้มครองชั่วคราว (interim protection)

Remedies Directives ได้รับรองสิทธิของผู้เสียหายในการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยในคดีเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ เพื่อยืดระยะเวลา (suspend) ในการลงนามในสัญญาออกไป เพื่อให้ผู้เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา โดยผู้ยื่นคำขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว จะต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ยื่นคำขอจะได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง (serious) ที่ไม่อาจแก้ไขได้ (irreparable) หากไม่มีการใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวนั้น โดยศาลภายในรัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลของการใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่อาจเกิดขึ้นกับฝ่ายปกครองและประโยชน์สาธารณะเทียบกับความเสียหายของผู้ยื่นคำขอ ตามมาตรา 2 (4) ของ Directive 89/665/EC และ Directive 92/13/EC

(2) การเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (set aside and annulment of decisions of contracting authorities or contracting entities)

Remedies Directives ยอมรับให้มีการเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองซึ่งมีความเกี่ยวพันกับสัญญาภาครัฐได้ ผ่านทางมาตรา 1 ของ Directive 89/665/EC และ Directive

---

[102] Christopher H. Bovis, "Legal Redress in Public Procurement Contracts," European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond, (Belgium : Bruylant, 2014), p. 370

Ref. code: 25595601032187GRS

92/13/EC[103] เนื่องจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาอาจมีความบกพร่องอันเนื่องมาจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้ในหลายขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการกำหนดรายละเอียดของโครงการ (specification) ที่เป็นการเลือกปฏิบัติไปจนถึงการตัดสินใจเลือกคู่สัญญา การตัดสินใจทั้งหลายเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำ (act) ที่สามารถถูกเพิกถอน (annul) ได้ตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก[104] หลักเกี่ยวกับการเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองนี้ได้รับอิทธิพลจากข้อความคิดเรื่องการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา (acte détachble) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ Remedies Directive *ยอมรับ* ให้รัฐสมาชิกที่มีระบบกฎหมายปกครองสามารถการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ แต่การเพิกถอนการกระทำดังกล่าว*อาจ*จะไม่กระทบกับตัวสัญญาโดยตรง และ*ไม่ได้บังคับ* ให้รัฐสมาชิกทุกรัฐใช้ระบบการเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาทั้งหมด Remedies Directive เพียงแต่กำหนดพันธกรณีให้รัฐต้องมีระบบการตรวจสอบการตัดสินใจ (decision) ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับสัญญาที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็วเท่านั้น การใช้คำว่า “การตัดสินใจ” (decision) เป็นการใช้คำกลางเพื่อให้ปรับใช้กับประเทศที่ไม่ได้มีการแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน หรือไม่มีมโนทัศน์ทางกฎหมายในเรื่องของการกระทำทางปกครอง (administrative act)

การกำหนดตัวผู้ส่วนได้เสียซึ่งมีสิทธิร้องขอให้ศาลภายในรัฐตรวจสอบการกระทำ (act) ที่เป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง เป็นไปตามเกณฑ์ที่ว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียที่อาจได้ทำสัญญากับฝ่ายปกครอง[105] ที่สิทธิของตนถูกกระทบจากการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป[106] ตามมาตรา 1(3) ของ Directive 89/665/EC และ Directive 92/13/EC โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเงื่อนไขหรือเนื้อหาของข้อเสนอของผู้ได้เสีย แม้ว่าผู้มีส่วนได้เสียนั้นไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพราะการส่งคำเชิญให้ยื่นข้อเสนอ(invitation) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการกำหนดรายละเอียดโครงการ (Specification) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ก็นับเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่

---

[103] มาตรา 1 (1) วรรคสาม รัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการประกันว่ากระบวนการตรวจสอบการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (decisions taken by the contracting authorities) จะมีประสิทธิภาพและรวดเร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ บนพื้นฐานที่ว่าการตัดสินใจดังกล่าวขัดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดหา

[104] *Ibid*, p.375

[105] เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากคดี Case C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, [2005] ECR I-00001. อ้างใน Christopher H. Bovis, *supra note* ,p.375

[106] Case C-212/02, Commission v. Austria [2004] อ้างใน *ibid*.

Ref. code: 25595601032187GRS

ถูกกระทบสิทธิแล้ว[107] ผู้มีส่วนได้เสียยังรวมถึงสมาชิกของกิจการร่วมค้าที่ไม่มีสภาพนิติบุคคล (consortium) คนใดคนหนึ่งก็ได้[108]

ส่วนการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (decisions taken by the contracting authorities) อันเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีนั้น ไม่เพียงหมายความถึงการตัดสินใจในกระบวนการเลือกคู่สัญญา (award procedure) หรือ การตัดสินใจประกาศเชิญให้เข้าทำสัญญาและการรับข้อเสนอ (call for tender) แต่ยังครอบคลุมถึงการตัดสินใจทุกอย่างในกระบวนการจัดหาภาครัฐ เช่น การที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาใดอยู่ภายใต้ EU Directive ไหน หรือการตัดสินใจยกเลิกกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา[109] ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตีความคำว่า “การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง” ในความหมายที่กว้างมากจนถึงขนาดที่ว่าไม่มีข้อจำกัดในเรื่องสภาพและเนื้อหาของการตัดสินใจ[110]

ระยะเวลาที่ผู้มีส่วนได้เสียจะมีสิทธิยื่นฟ้องคดีต่อองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบภายในรัฐเพื่อขอเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองจะต้องมีกำหนดระยะเวลาที่จำกัด (specific-time limit) ที่สมเหตุสมผล ภายใต้หลักความแน่นอนของนิติฐานะ (legal certainty) สหภาพยุโรปได้เปิดช่องให้รัฐสมาชิกใช้ดุลยพินิจกำหนดระยะเวลาฟ้องคดีเกี่ยวกับการขอเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้รัฐสมาชิกยังมีหน้าที่ในการประกันว่าฝ่ายปกครองจะเคารพระยะเวลายืน (standstill period) ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ห้ามฝ่ายปกครองลงนามในสัญญาหลังจากที่ได้คัดเลือกคู่สัญญาแล้ว เพื่อให้ผู้เสียหายสามารถไปฟ้องขอเพิกถอนการตัดสินใจ (decision) ของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งมาตรา 1 (5) และมาตรา 2a ของ Directive 89/665/EC และ Directive 92/13/EC ซึ่งแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC ได้กำหนดระยะเวลายืนไว้เป็นเวลา 10 วันนับตั้งแต่มีการส่งผลการตัดสินใจเลือกคู่สัญญาให้แก่ผู้เข้าแข่งขัน ในกรณีที่เป็นการส่งทางโทรสารหรือวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ และ 15 วันจากการส่งผลการตัดสินใจเลือกคู่สัญญาให้แก่ผู้เข้าแข่งขันด้วยวิธีปกติ

การประกาศความไม่มีผล (notion of ineffectiveness) ของการตัดสินใจ (decision) ของฝ่ายปกครองในการคัดเลือกคู่สัญญา (award of contract) โดยศาลภายในรัฐสมาชิกว่าจะมีผลต่อสัญญาอย่างไร โดยหลักเป็นสิทธิของรัฐสมาชิกในการกำหนดผลหลังจากเพิกถอนการ

---

[107] Case C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG and Republik Östereich [2004] ECR I-1829 อ้างใน *ibid.*

[108] Case C-492/06, Consorzio Elisoccorso San Raffaele v. Elilombarda Srl and Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca’ Granda di Milano [2007] ECR I-08189 อ้างใน *ibid.*, p.377

[109] ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักไว้ว่าการยกเลิกกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาให้ทำได้ในกรณีจำกัดเท่านั้น Case C-27/98, Fracasso and Leitschutz v. Salzburger Landesregierung [1999] ECR I-5697 อ้างใน ibid.

[110] Case C-81/98, Alcatel Austria and Others [1999] ECR I-5553 ย่อหน้าที่ 49 อ้างใน *ibid.*p.383

Ref. code: 25595601032187GRS

ตัดสินใจนั้นที่มีต่อสัญญา ซึ่งอาจมีผลย้อนหลังไปทำลายสิทธิหน้าที่ตามสัญญา (retrospective cancellation contractual obligations) หรือ มีผลเป็นการลดพันธกรณีตามสัญญาลงบางส่วน หรืออาจทำให้ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาสั้นลงก็ได้ โดยศาลอาจคำนึงถึงแง่มุมต่างๆ โดยเฉพาะประโยชน์สาธารณะภายใต้หลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 2d ของ Directive 89/665/EC และ Directive 92/13/EC ซึ่งแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC

(3) การกำหนดค่าเสียหาย (actions for damages) ตามมาตรา 2(1) (c) ของ Directive 89/665/EC และ Directive 92/13/EC ซึ่งแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC นั้นได้กำหนดให้องค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบสัญญากำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดๆเพิ่มเติม หลักเกณฑ์ในเรื่องภาระการพิสูจน์ และวิธีการคำนวณค่าเสียหายจึงเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักความมีประสิทธิภาพซึ่งเป็นหัวใจหลักของ Remedies Directive

ในบทนี้ผู้เขียนได้กล่าวถึงระบบกฎหมายสหภาพยุโรปในเรื่องของสัญญาภาครัฐ ทำให้อ่านได้ทราบถึงความเป็นมาและระบบของสัญญาภาครัฐโดยสังเขป โดยเน้นที่สองส่วนหลักคือ EU procurement directives และ Remedies directives เราได้ศึกษาขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายแต่ละฉบับว่าบังคับใช้กับสัญญาใด ซึ่งจะต้องพิจารณาจากตัวองค์กรผู้ทำสัญญาและเนื้อหาของสัญญาซึ่งประกอบไปด้วยมูลค่าของสัญญาและวัตถุของสัญญา และข้อยกเว้นของกฎหมายแต่ละฉบับ

เมื่อทราบถึงขอบเขตการบังคับใช้ของ EU procurement directives ทั้งสามฉบับแล้ว เราได้จะศึกษารายละเอียดของกฎเกณฑ์แม่แบบของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญาซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองของรัฐภาคีสมาชิกต้องเคารพหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุและโครงการของฝ่ายปกครอง เกณฑ์ในการเลือกใช้วิธีการจัดหาด้วยวิธีต่างๆ เกณฑ์ในการการคัดผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นและการจัดลำดับบัญชีรายชื่อไปจนถึงเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง จนถึงส่วนของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งผู้เขียนได้เน้นถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา และการทำสัญญารับช่วง

ในส่วนของกฎเกณฑ์เรื่องการตรวจสอบสัญญาและการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น เราได้ศึกษา Remedies directives ซึ่งวางมาตรฐานขององค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบสัญญาของรัฐภาคีสมาชิกเอาไว้ และยังกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราว การเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเอาไว้

ปัจจุบันหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป ยังคงมีแง่มุมอื่นๆที่กำลังพัฒนาอย่างเป็นพลวัตร เช่น การต่อต้านการทุจริตและการกระทำฉ้อฉลในการจัดหาภาครัฐ ซึ่งเป็นอำนาจของ European Commission European Anti-fraud Office (OLAF) การขยายให้กฎหมายของสหภาพยุโรปครอบคลุมถึงเรื่องสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในอนาคตอันใกล้ เป็นต้น

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปมีผลโดยตรงต่อรัฐสมาชิก ทำให้รัฐสมาชิกต้องปรับปรุงกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณีเพื่อประกันความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม และเท่าเทียม อิทธิพลนี้ส่งผ่านมาถึงระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นต้นตำรับของมโนทัศน์ว่าด้วย contra administratif ดังนั้นในบทถัดไปจะได้ทำการศึกษาถึงระบบกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส ว่ามีการปรับตัวตามพันธกรณีดังกล่าวมากน้อยเพียงใด

Ref. code: 25595601032187GRS

บทที่ 3
สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนับเป็นระบบกฎหมายซึ่งมีอิทธิพลต่อกฎหมายปกครองทั่วโลก เมื่อข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่เรียกว่า *Contrat administratif* เป็นหนึ่งในข้อความคิดที่ถือเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส หลายประเทศซึ่งรับอิทธิพลจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จึงได้รับแนวคิดในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในเรื่อง “สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส” ไปอย่างเข้มข้นเช่นกัน

เมื่อประเทศไทยก็เป็นประเทศซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นอย่างยิ่ง การศึกษากลับไปยังรากฐานแนวคิดต้นตำรับเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เห็นที่มาและภาพรวมระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง จึงเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาเปรียบเทียบและการอธิบายที่มาของแนวคิดหลายประการซึ่งดำรงอยู่ในระบบสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทย

ในบทนี้ผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 5 หัวข้อหลัก คือ (1) ความทั่วไป ซึ่งเป็นการศึกษาถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (2) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครอง (3) การดำเนินการตามสัญญาและความรับผิดของคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครอง (4) สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่อง และ (5) ระบบการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการศึกษาวงจรชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างครบวงจร

3.1 ความทั่วไป: ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สามารถแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ (1) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน โดยฝ่ายปกครองได้ลดฐานะตัวเองลงให้เท่าเทียมกับบุคคลทางแพ่ง และใช้วิธีการที่เรียกว่าการบริหารจัดการแบบเอกชน (la gestion privée des service publics) และ (2) สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ซึ่งเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อสงวนไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะและโดยทำสัญญาในดินแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้พัฒนาข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองขึ้นมาเป็นเอกลักษณ์พิเศษ สืบเนื่องมาจากบริบททางประวัติศาสตร์ของการกำเนิดขึ้นของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั่นเอง

ในส่วนของความทั่วไป เพื่อที่จะให้ผู้อ่านได้เห็นภาพเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างเป็นลำดับ จึงมีประเด็นที่สมควรกล่าวถึงได้แก่ (1) พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เพื่อให้ทราบถึงบริบทความจำเป็นของการดำรงอยู่ของข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครอง (2) เกณฑ์ในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการศึกษาหลักเกณฑ์ในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน และ (3) ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง ดังนี้

3.1.1. พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว อันเนื่องจากบริบททางประวัติศาสตร์ของการก่อตัวของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กล่าวคือภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปีค.ศ. 1789 ฝ่ายบริหารต้องการจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมในระบอบเก่าที่เรียกว่า *ศาลปาร์เลอมอง* (Parlement) ให้น้อยลง โดยไม่ยอมให้ศาลดังกล่าวเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอีกต่อไป เนื่องจากศาลปาร์เลอมองถือเป็นตัวแทนของระบอบเก่า[1] (ancien régime) การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนำมาสู่การกำเนิดขึ้นของ *สภาแห่งรัฐ* (Conseil d' État) และการเกิดขึ้นกฎหมายปกครองสมัยใหม่ ซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐได้พัฒนาเป็นศาลปกครองสูงสุดในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และได้วางหลักกฎหมายปกครองซึ่งเป็นฐานความคิดของมโนทัศน์ทางกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองอย่างเป็นลำดับ ด้วยสภาพเช่นนี้จึงทำให้ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นพลวัตรตามสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม และมีลักษณะที่ไม่หยุดนิ่งและวิวัฒนาการอย่างรวดเร็วตามสภาพสังคมที่ซับซ้อนและเปลี่ยนแปลงไป[2]

Philippe Yolka[3] ได้แบ่งพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสโดยพิจารณาจากมุมมองทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับข้อความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศสออกเป็นสามยุค[4] ดังนี้

ยุคที่หนึ่ง คือช่วงเวลาตั้งแต่ระบบเก่าจนถึงการปฏิวัติฝรั่งเศส ในยุคนี้ผู้ปกครองได้ผูกขาดอำนาจสูงสุดเข้าสู่ศูนย์กลางซึ่งก็คือตัวผู้ปกครองนั้นเอง ดังที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 (1643-1715) ได้กล่าวไว้ว่า *"รัฐก็คือข้า"* เมื่อการใช้อำนาจของผู้ปกครองในยุคนี้ผูกขาดอยู่ที่บุคคลเดียว ในยุคนี้จึงยังไม่มีการจัดระบบสัญญาทางปกครองในความหมายของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ แต่ปรากฏลักษณะของการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำภารกิจแทนพระเจ้าแผ่นดิน ภายใต้การควบคุมของราชสำนัก ซึ่งไม่ได้มีลักษณะของการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) อย่างปัจจุบัน หากแต่เป็นการทำภารกิจภายใต้การ "อนุญาต" ในนามของพระเจ้าแผ่นดินภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะซึ่งไม่ได้มีลักษณะของ "สัญญา" ในความหมายของประมวลกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันแม้ว่าจะ

---

[1] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554), น.290 เชิงอรรถที่ 6.

[2] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ "รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง", (สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, 2547) น.9

[3] Philippe Yolka นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสร่วมสมัย ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์แห่ง Grenoble, Université Pierre Mendès

[4] Philippe Yolka, Droit des contrats administratifs, (Paris : LGDJ Lextenso éditions, 2013) pp.11-17.

Ref. code: 25595601032187GRS

เรียกว่าเป็นสัญญามอบหมาย (contrat dérogatoire) ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่นการจัดหาพัสดุที่รัฐต้องการ การก่อสร้าง การให้สัมปทานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการขุดคลอง สัมปทานการแจกจ่ายน้ำ สัมปทานการทำเหมือง ซึ่งสัมปทานเหล่านี้มีระยะเวลาที่ยาวนานมาก และบางกรณีอาจเป็นการให้สัมปทานตลอดไปเป็นการถาวร[5] สัญญามอบหมายเหล่านี้จึงอาจเรียกได้ว่าเป็น สัญญาทางปกครองชนิดแรก (primo-contrat administratif) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน แต่ไม่ได้รับการจัดระบบให้เชื่อมโยงกับประโยชน์สาธารณะดังเช่นความหมายของสัมปทานในปัจจุบัน

ยุคที่สอง เป็นยุคของการก่อตัวของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในความหมายปัจจุบันซึ่งข้อความคิดของสัญญาทางปกครองค่อยๆปรากฏขึ้นเด่นชัดเป็นระบบ โดยเริ่มขึ้นหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปีค.ศ. 1789 อันถือเป็นจุดกำเนิดของกฎหมายปกครองสมัยใหม่จนกระทั่งผ่านการพัฒนาในช่วงศตวรรษที่ 19 (ปี 1801-1900) และศตวรรษที่ 20 (ปี 1901-2000)

แม้ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 จะเกิดการยอมรับสัญญาทางปกครองผ่านกฎหมาย[6] นั่นคือการออกกฎหมาย 28 pluviôse an VIII ในปี 1804 ซึ่งกำหนดให้สัญญาจ้างก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินและโยธาสาธารณะ อยู่ใต้อำนาจของศาลปกครองภูมิภาค (Conseil de préfecture) แต่ในสมัยต้นศตวรรษที่ 19 นั้นในทางตำราได้การแยกการกระทำของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ *นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับ* (actes d' autorité) และ *การกระทำที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการเหมือนอย่างเอกชน* (acte d' gestion) ซึ่ง การกระทำที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการเหมือนอย่างเอกชน (acte d' gestion) นั้นรวมถึงสัญญาทุกประเภทที่ทำขึ้น

---

[5] เช่นในกรณีของสัมปทานคลอง Midi à Riquet ซึ่งในปัจจุบันสัมปทานถาวรไม่อาจมีได้ เนื่องจากข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (service publics) เรียกร้องให้บริการสาธารณะจะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา เพื่อให้สามารถตอบสนองกับความต้องการของประชาชน ซึ่งเป็นถือเป็นประโยชน์สาธารณะที่เปลี่ยนแปลงตามสภาพสังคม หากสัญญาสัมปทานไม่ระบุระยะเวลาของสัญญา ย่อม*อาจ*ถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง เนื่องจากถือว่ามีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองนองซ์ คดี *Commune de Contres* (CAA Nantes 27 Juin 2003)

[6] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2* ,น.11.

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยฝ่ายปกครอง ดังนั้นในสมัยดังกล่าวศาลยุติธรรมจึงพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมด[7] นักกฎหมายที่มีความเห็นตามแนวนี้[8] ได้แก่ Aucoc[9] Ducrocq[10] และ Laferière[11]

ในช่วงของ *สามสิบปีแห่งความรุ่งโรจน์ของสัญญาทางปกครอง* (Trente Glorieuse du droit des contrats administratif) ในปี 1902-1932 ศาลปกครองได้เริ่มสร้างระบบกฎหมายของสัญญาทางปกครอง โดยเริ่มจากการยอมรับสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่มีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นการวางหลักในคดี *Terrier* (CE 6 février 1903) การยอมรับสัญญาทางปกครองโดยใช้เกณฑ์ "ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน" ที่เรียกว่า *Clause exorbitante* ในปี 1912 ในคดี *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (CE 31 juillet 1912) ซึ่งเป็นการแสดงถึงอิทธิพลของทฤษฎีอำนาจมหาชน (Puissance publique) ก่อนที่ศาลจะกลับมาใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะอีกครั้งในปี 1956 จากการวางหลักในคดี *Époux Bertin* (CE 20 avril 1956) หรือเรื่องการใช้อำนาจพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแก้ไขหรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งกล่าวถึงอย่างละเอียดต่อไป แสดงให้เห็นกฎเกณฑ์เฉพาะตัวของสัญญาทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับว่าหลักกฎหมายเรื่องสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนยังอาจนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้โดยอนุโลม โดยเฉพาะในเรื่องหลักกฎหมายหนี้ (théorie de l'obligation) แม้ว่าจะมีการพยายามพัฒนาข้อความคิดในเรื่อง *หนี้ในทางปกครอง* (l'obligation administratif) ก็ตาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังไม่ปรากฏข้อความคิดเรื่องหนี้ทางปกครองชัดเจนนัก[12]

นอกจากหลักกฎหมายเกี่ยวสัญญาทางปกครองจะถูกพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดแล้ว นักกฎหมายและนักวิชาการซึ่งเป็นฝ่ายตำราก็มีส่วนสำคัญในการสร้างมโนทัศน์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นกัน โดยเริ่มมีการศึกษาการจัดประเภทของสัญญาทางปกครองตั้งแต่ปี 1930 โดย Gaston Jèze[13] ได้จัดระบบของสัญญาทางปกครองและเสนอข้อความคิด

---

[7] *เพิ่งอ้าง,* น. 8.

[8] Hugh Stuart Jones, The French State in Question: public law and political argument in the Third Republic, (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), p. 85.

[9] Jean-Léon Aucoc (1828 -1910) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส อดีต secrétaire general ประจำกระทรวงมหาดไทยและ สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

[10] Ducrocq Théophile (1829-1913) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายปกครองและเศรษฐศาสตร์การเมืองชาวฝรั่งเศส

[11] Edouard Laferrière (1841-1901) นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส อดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุดในช่วงปี 1886-1898

[12] Philippe Yolka, *supra note 4,* p.24.

[13] Gaston Jèze (1869-1953) ศาสตราจารย์ด้านการคลังสาธารณะและกฎหมายปกครองและนักสิทธิมนุษยชนชาวฝรั่งเศส

Ref. code: 25595601032187GRS

เรื่อง *la vie des contrats administratifs*[14] ซึ่งเป็นการศึกษาในเรื่องอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ โดย Jèze อธิบายว่า สัญญาทางปกครองมีความเป็น`"สัญญา" เหมือนสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน แต่มีความแตกต่างสำคัญในส่วนของผลของสัญญา กล่าวคือ ก่อให้เกิด *ความไม่เท่าเทียมในระหว่างคู่สัญญา* ในสัญญาทางปกครอง ผลของสัญญาทางปกครองจึงไม่ได้เป็นเช่นเดียวกับผลของสัญญาทางแพ่งและมี "ระบบกฎหมาย" (régime juridique) แยกเป็นเอกเทศจากกัน แนวคิดดังกล่าวได้ถูกพัฒนามาเป็น *หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง* (théorie générale) จากการต่อยอดความคิดโดย Georges Péquignot[15] ในงาน *Théorie générale du contrat administratif* ในปี 1945 งานทั้งสองชิ้นส่งอิทธิพลต่อการศึกษาเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของ André de Laubadère[16] ในงานที่ชื่อ *Traité thérique et pratique des contrats administratifs* ในปี 1959 อาจกล่าวได้ว่าบุคคลทั้งสามเป็นผู้มีอิทธิพลอย่างยิ่งในการวางรากฐานในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง

ในช่วงปี 1950-1960 เป็นช่วงที่เกิดแนวคิดการใช้สัญญาทางปกครองเพื่อแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองซึ่งอาศัยทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีความหลากหลายและยืดหยุ่นมากกว่าการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ทำให้สัญญาเป็นเครื่องมือในการปกครองและการบริหารจัดการที่ดีและเกิดการโน้มเอียงเข้าหาทฤษฎีบริการสาธารณะมากขึ้น

ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองก็ได้ก่อตัวขึ้นเป็นรูปร่างมากขึ้นไปอีก ในปีค.ศ. 1983 ภายหลังจากที่มีการวางหลักโดยศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ในคดี *Blanco* (TC 21 mars 1983)[17] แม้ว่าคดีนี้จะไม่ได้เป็นคดีที่ตัดสินวางหลักในเรื่องการมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง

---

[14] ปรากฏในงานทั้งสามเล่มของ Gaston Jèze คือ *Les contrats administratifs de l'État, des département, des communes et des établissements publics* (3 volumes) (éd. Giard, 1927-1934) Gaston Jèze ยังมีผลงานต่อเนื่องในชุด *Théorie générale des contrats de l'administration* (éd.LGDJ) ในปี 1930-1936 อีกสามเล่ม รวมทั้งสิ้นหกเล่มในชุดเดียวกัน

[15] Georges Péquignot ศาสตราจารย์กฎหมายมหาชนคณะนิติศาสตร์ Université de Montpellier I

[16] André de Laubadère (1910-1981) ศาสตราจารย์กฎหมายมหาชนคณะนิติศาสตร์ Université de Paris

[17] คดีนี้มีสาระสำคัญว่าเมื่อเด็กหญิง Blanco ได้รับบาดเจ็บจากทำงานของฝ่ายปกครอง คดีจะอยู่ที่อำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ศาลคดีขัดกันได้วางหลักว่า ไม่ให้นำเอาหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวและต้องนำหลักเกณฑ์เฉพาะ (des règles spécifiques) มาใช้เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง จึงไม่สมควรนำเอากฎหมายเอกชนซึ่งใช้สำหรับความรับผิดทั่วไประหว่างเอกชนด้วยกันมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีดังกล่าว แต่สมควรให้ศาลปกครองเป็นผู้วางกฎเกณฑ์พิเศษในการพิจารณา

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยตรงก็ตาม แต่เป็นการวางหลักโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในเรื่องของประโยชน์สาธารณะ เพื่อสร้างระบบกฎหมายปกครองแยกต่างหากจากระบบกฎหมายแพ่ง เป็นจุดตัดที่ทำให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งไม่อาจปรับเข้ากับลักษณะของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด และกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจเหนือคดีเหล่านั้น ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองก่อตัวขึ้นจากฐานความคิดนี้[18]

ในส่วนของสัญญาสัมปทาน ข้อความคิดเกี่ยวกับสัมปทานได้เปลี่ยนไปจากกระแสของทุนนิยม (Laissez faire, laissez passer) โดยมีมุมมองทางด้านเศรษฐกิจและการคลังมากขึ้น โดยเฉพาะในช่วงต้นของสาธารณรัฐที่สาม (1870-1940) มีการทำสัญญาสัมปทานโดยรัฐในกิจการรถราง การผลิตไฟฟ้า การแจกจ่ายน้ำประปา และกิจการบริการสาธารณะเกี่ยวกับสาธารณูปโภคที่ต้องอาศัยโครงข่าย ในฐานะของ *สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ* (les délégation de service public)

ยุคที่สาม ซึ่งก็คือยุคร่วมสมัย (contemporain) หลังจากที่ *contrat administratif* ได้กลายเป็นสถาบันทางกฎหมายที่มั่นคงในระดับหนึ่งแล้ว แต่ยังคงต้องมีการปรับตัวเพราะได้รับอิทธิพลจากกระแสโลกาวิวัฒน์และเศรษฐกิจเสรีนิยมใหม่ (néo-libéral) และการรวมตัวกันเป็นประชาคมเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งทำให้ฝรั่งเศสต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์หลายอย่างถึงในระดับมูลฐานเพื่อปรับตัวอย่างค่อยเป็นค่อยไป

ในยุคปัจจุบันเกิดเทคนิคทางสัญญาใหม่ๆอันเกิดจากความเป็นพลวัตรของสังคม เช่น การใช้สัญญาร่วมทุน การเกิดการสร้างข้อความคิดเกี่ยวกับ “กฎหมายประชาคมเกี่ยวกับการจัดหาของรัฐ” (droit commun de la command publique) ซึ่งได้รับอิทธิพลโดยตรงจากสหภาพยุโรป ซึ่งแยกออกจากความคิดของสัญญาจัดซื้อจัดหาแบบเดิมของฝรั่งเศส (contrat marché publique) ข้อความคิดเกี่ยวกับ “กฎหมายประชาคมเกี่ยวกับการจัดหาของรัฐ” ได้กลายเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ จากคำพิพากษาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี *Loi habilitant le gouvenement à simplifier le droit* นำมาซึ่งหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพหลักความโปร่งใส หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ในกระบวนการจัดหาภาครัฐ และต้องเปิดช่องให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองดังกล่าวด้วย ถือเป็นการแบ่งประเภทสัญญาทางปกครองแบบใหม่เป็นสัญญา

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง จากผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว กฎหมายปกครองจึงถือกำเนิดขึ้นและมีความเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายเอกชน ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยคดีแรกที่ทำให้หลักทฤษฎีบริการสาธารณะ (service public) ตกผลึกเป็นรูปธรรม หลังจากที่แนวคิดนี้เริ่มก่อตัวขึ้นมาบ้างแล้วหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, “แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง”, http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1228 สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2558

[18] Rozen Nouellou, " France”, Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.678

Ref. code: 25595601032187GRS

ทางปกครองพิเศษ (les contrat administratifs spéciaux) ที่กลืนกินการแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองดั้งเดิมที่นักวิชาการทั้งสามคนได้วางไว้

การปรากฏขึ้นของสัญญาทางปกครองพิเศษดังกล่าวซึ่งได้อิทธิพลจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองในความหมายดั้งเดิม โดยเฉพาะเรื่องการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีที่ใช้น้อยลงมาก สืบเนื่องจากสภาพที่กฎหมายของสหภาพยุโรปควบคุมให้แนวปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศภาคีสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แม้สหภาพยุโรปจะได้รับอิทธิพลของข้อความคิดในเรื่อง *contrat administratif* อยู่บ้าง แต่มิใช่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปทุกรัฐจะมีข้อความคิดเรื่อง contrat administratif ทำให้กฎเกณฑ์กลางซึ่งพัฒนาขึ้นโดยสหภาพยุโรปนั้น ไม่อาจรองรับหลักกฎหมายทั่วไปของ *contrat administratif* ซึ่งพัฒนาโดยฝรั่งเศสได้ทั้งหมด ประกอบกับความมุ่งหมายของสหภาพยุโรปที่จะก่อให้เกิดตลาดการค้าของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เสรีและเป็นธรรมร่วมกัน ยิ่งทำให้กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้กับสัญญาทางปกครองพิเศษทั้งหลายห่างไกลไปจากหลักกฎหมายดั้งเดิมของ *contrat administratif* และเปิดช่องให้เกิดการบังคับใช้ *ข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาภาครัฐ”* (théorie des contrat public) ซึ่งตรงกับแนวคิดของ Public contract ของสหภาพยุโรป ที่มีความหมายรวมถึงสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครองด้วย ดังที่ได้ศึกษาไปแล้วในบทที่ 2 และด้วยที่สหภาพยุโรปควบคุมสัญญาที่ทำขึ้นโดยนิติบุคคลเอกชนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ[19] ให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปด้วย ทำให้ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจะต้องปรับเปลี่ยนให้กว้างขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยเฉพาะเรื่องกฎเกณฑ์ในการทำสัญญา ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา การอนุญาโตตุลาการ และการปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

3.1.2. การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครอง (la notion de contrat administratif)

การจะระบุว่าการกระทำของฝ่ายปกครองใดหรือสัญญาใดจะเป็น “สัญญาทางปกครอง” นั้น เป็นปัญหาเกี่ยวกับการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครอง กล่าวคือจะต้องพิจารณาปัญหาในการแบ่งแยก “สัญญาทางปกครอง” ออกจากการกระทำในลักษณะอื่นๆของฝ่ายปกครอง ได้แก่ (1) การแบ่งแยก “สัญญาทางปกครอง” ออกจาก “การกระทำฝ่ายเดียว”ของฝ่ายปกครองและ “การกระทำที่ใกล้เคียงสัญญา” และ (2) การแบ่งแยก “สัญญาทางปกครอง”ออกจาก “สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง”

---

[19] คำพิพากษาศาลยุติธรรมยุโรป คดี *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen* (CJCE 22 May 2003) และคดี Commission v. Spain (CJCE 16 October 2003)

Ref. code: 25595601032187GRS

3.1.2.1 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (acte unilatéral) และการกระทำที่ใกล้เคียงสัญญา

เมื่อสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสถูกพัฒนาขึ้นในรูปแบบของ “สัญญา” จึงต้องมีการปรับใช้ลักษณะของความเป็น “สัญญา” ทำนองเดียวกับสัญญาทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เพื่อใช้เป็นเข้ามาเป็นเกณฑ์ในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็คือการพิจารณาเรื่องการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา (consentement) ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นจุดตัดในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เนื่องจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด การแสดงความยินยอมจึงเป็นจุดตัดที่สำคัญที่สุดในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

นอกจากนั้นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ยังพิจารณาได้จาก “ผล” ของการกระทำของฝ่ายปกครอง กล่าวคือสัญญาทางปกครองนั้นโดยหลักแล้วจะมีผลแค่ต่อคู่สัญญาเท่านั้น เว้นแต่กรณีของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม ในขณะที่การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองอาจมีผลเป็นการเฉพาะรายหรือมีผลเป็นการทั่วไปก็ได้

ดังนั้นแม้การกระทำของฝ่ายปกครองในบางกรณีจะใช้ชื่อเรียกว่า “สัญญา” (Contrat) ก็ตาม แต่ถ้าหากการกระทำดังกล่าวปรากฏลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเสียแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เช่นกรณีของ Contrat d’agiculture durable ตามมาตรา R.311-1 code rural ซึ่งเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ในคดี *EARL Le Pâtis Maillet* (CE 26 Juillet 2011)

อย่างไรก็ตามสัญญาทางปกครองอาจมีลักษณะที่ “ทับซ้อน” กับการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองได้ ในกรณีของข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น “กฎ” ตามทฤษฎีนิติกรรมผสม (acte mixte) ซึ่งอาจนำไปสู่การขอเพิกถอนการกระทำที่อาจแยกออกได้จากสัญญา (acte détachable)

สัญญาทางปกครองบางชนิดยังมีความสัมพันธ์ที่แนบชิดกับการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองซึ่งยากแก่การวินิจฉัย เช่น สัญญาสัมปทานซึ่งอาจทำในรูปแบบการกระทำฝ่ายเดียวได้ ซึ่งใกล้เคียงกับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขเป็นอย่างยิ่ง หรือในกรณีของสัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับการอนุญาตฝ่ายเดียวมาก เนื่องจากสัญญาดังกล่าวโดยไม่เปิดช่องให้มีการเจรจาต่อรองกัน

ส่วนการกระทำประเภทอื่นที่ใกล้เคียงกับสัญญานั้น ยกตัวอย่างเช่น *การกระทำกึ่งสัญญาทางปกครอง* (les quasi-contrats administratifs) ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มีการตกลง (sans convention) เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามทฤษฎีลาภมิควรได้ทางปกครอง (les theories de l’enrichissement san cause) ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดกึ่งสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่นในกรณีที่สัญญาตกเป็นโมฆะหรือถูกเพิกถอน (คดี *Sté Decaux* CE 10 avril 2008) หรือในกรณีที่มีการ

Ref. code: 25595601032187GRS

ปฏิบัติการที่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองที่ไม่ได้กำหนดในสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น หรือไม่ได้มีการร้องขอจากฝ่ายปกครองก็ตาม (คดี *Cté de cnes de Verdun* CE 18 novembre 2011) การกระทำเหล่านี้ล้วนแต่ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เนื่องจากไม่ได้มีการการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของคู่สัญญา

3.1.2.2 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน

ปัญหาเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ถือเป็นปัญหาที่ใหญ่ที่สุดปัญหาหนึ่ง ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องพิจารณาจาก “นิยาม” ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (Contrat administratif) กล่าวคือ สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายภารกิจทางปกครอง ซึ่งมีเนื้อหาของสัญญาเกี่ยวกับ “บริการสาธารณะ” หรือเป็น “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน”

อย่างไรก็ตามนิยามดังกล่าวมีคำที่สร้างความชัดเจนได้ยาก การจำแนกสัญญาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรูปธรรม ผ่านทางแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d’ Etat) ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดและคำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits)[20] อย่างไรก็ตามการวางหลักโดยองค์กรดังกล่าวก็ยังมีความทับซ้อนหลายเรื่อง จึงเกิดการออกกฎหมายเพื่อระบุให้สัญญาบางชนิดเป็นสัญญาทางปกครองเพื่อขจัดความไม่แน่นอนและข้อถกเถียงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ทำให้เกณฑ์ในแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนแบ่งออกเป็นสองประเภทและมีรายละเอียดดังนี้

(1) เกณฑ์ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล: สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (les contrats administrative par de la jurisdictionnel) เกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกันใช้แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ค่อยๆมีวิวัฒนาการมาพร้อมๆกับก่อตัวขึ้นของข้อความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยศาลได้พิเคราะห์ถึง “สภาพ” ของสัญญาทางปกครอง[21] ผ่านคำพิพากษาอย่างเป็นพลวัตรจนถึงปัจจุบัน จนได้นิยามที่ว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายภารกิจทางปกครอง ซึ่งถือเป็นเกณฑ์ในเชิงบุคคล และนอกจากนั้นเนื้อหาของสัญญาจะต้องเกี่ยวกับ “บริการสาธารณะ” หรือเป็น “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน” ซึ่งเป็นเกณฑ์ในเรื่องของวัตถุแห่งสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญา ดังนั้นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนที่เกิดจากการวางหลักของศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกัน จึงสามารถแบ่งเป็นสองเกณฑ์ดังนี้

---

[20] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1,* น.288.

[21] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส (Contrats administratif),” วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 5, น.79 (2529).

Ref. code: 25595601032187GRS

(i) เกณฑ์ในเชิงบุคคล (le critère personnel) โดยหลักแล้วสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน (personne publique) และในทางกลับกันสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนย่อมถูกสันนิษฐานว่าเป็นสัญญาในระบบเอกชน ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าสัญญาทุกชนิดที่ทำขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนจะเป็นสัญญาทางปกครองในทุกกรณี จึงเป็นที่มาของข้อยกเว้นหลักดังกล่าว โดยสามารถพิจารณาจากลักษณะของคู่สัญญาได้ดังนี้

สัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้หากมีเนื้อหาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ หรือปรากฏลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งจะต้องพิจารณาตามเกณฑ์ในเรื่องวัตถุของสัญญาต่อไป[22] ปัญหาสำคัญที่จะพิจารณาว่าสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ในแง่ของเกณฑ์ในเชิงบุคคลจึงเป็นปัญหาในการจำแนกสถานะความเป็นนิติบุคคลมหาชนเสียส่วนใหญ่ เนื่องจากปัจจุบันเกิดหน่วยงานรูปแบบใหม่ที่เป็นความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายไม่ชัดเจนมากขึ้น หรืออาจเป็นปัญหาในช่วงรอยต่อของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ซึ่งศาลคดีขัดกันเคยวางหลักในคดี *Caisse centrale de reassurance* (TC 16 Octobre 2006) ว่า “การพิจารณาลักษณะของสัญญา (ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่) จะต้องดูในวันที่มีการลงนามในสัญญา และการเปลี่ยนแปลงสถานะของคู่สัญญา (จากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นบริษัทเอกชน) ไม่ส่งผลกระทบต่อสัญญาเดิมแต่อย่างใด[23] คู่สัญญาจะต้องเคารพการแสดงเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้”

สัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับนิติบุคคลมหาชน ศาลคดีขัดกันได้วางหลักในการสันนิษฐานว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนนั้นโดยหลักเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการวางหลักในคดี *UAP*[24] ซึ่งเป็นเพียงแต่บทสันนิษฐาน (présumés) เท่านั้น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนอาจเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนได้ เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นก่อให้เกิดเพียงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน เช่น สัญญาระหว่างการไฟฟ้าฝรั่งเศสหรือการก๊าซฝรั่งเศส (ซึ่ง

---

[22] อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาคดีขัดกันคดี *Coopérative agricole de l’Arne* ในปี 1986 ใช้คำว่าสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองกระทำการในทางจัดการ (acte de gestion publique ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า public management) ซึ่งตรงกันข้ามกับการใช้อำนาจบังคับ (actes d’ autorité) ซึ่งเป็นอิทธิพลมาจากการแบ่งแยกชนิดของนิติกรรมทางปกครองตั้งแต่สมัยต้นศตวรรษที่ 19 อ้างใน ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 ตอน 1 (เมษายน 2543) น. 185.

[23] Jacqueline Morand-Deviller, droit administratif, 13 édition (Paris: LGDJ, 2013) p.387.

[24] TC 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris c. Secrétaire d’Etat aux Portes et Télécommunications

Ref. code: 25595601032187GRS

ก่อนการแปรรูปมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปแบบองค์การมหาชน- étatblissement public[25]) กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ส่งไฟฟ้าและก๊าซในฐานะที่ท้องถิ่นเป็นผู้บริโภค[26] เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน[27] หรือ สัญญาเช่าระหว่างสำนักงานการเคหะแห่งชาติ (office public d'HLM) กับองค์การสวัสดิการสังคม (bureau d'aide sociale) ซึ่งก่อแต่เพียงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งเท่านั้นเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน[28]

ในทางกลับกัน หากวัตถุของสัญญามีลักษณะของการบริการสาธารณะสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเช่าระหว่าง *CROUS (*ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนซึ่งมีภารกิจในการจัดการหอพักให้กับนักศึกษา) กับสำนักงานการเคหะแห่งชาติ เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะคือจัดการหอพักให้กับนักศึกษา[29]

สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดการปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น สัญญากำหนดแผนงานระหว่างรัฐกับภาค (contrats de plan État-région ซึ่งต่อมากลายเป็น contrat de projet) ก็จัดว่าเป็นสัญญาทางปกครองชนิดหนึ่ง (TC 8 Janvier 1988 Min.du plan et de l'aménagement c./ CUS) ซึ่งเป็นข้อความคิดเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างนิติบุคคลมหาชน (partenerait public)[30]

สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน โดยหลักสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชน จะถูกสันนิษฐานว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครอง อันเป็นหลักที่ศาลคดีขัดกันวางไว้ในคดี *AFPA* (TC 29 mars 1980) อย่างไรก็ตามบทสันนิษฐานดังกล่าวอาจถูกหักล้างทำให้สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองได้ในสองกรณีดังต่อไปนี้

---

[25] ข้อความคิดในเรื่ององค์การมหาชนและรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศสค่อนข้างแตกต่างกับการจัดรูปแบบรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนในประเทศไทย โปรดดู ชาญชัย แสวงศักดิ์ "ความหมายของรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 2 ตอน1 น. 8-37 (เมษายน 2526) และจันทจิรา เอี่ยมมยุรา, "วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529)

[26] ทำนองเดียวกับสัญญาใช้บริการก๊าซที่โรงพยาบาลรัฐทำกับองค์การก๊าซแห่งฝรั่งเศส ย่อมเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Hôpital- Hospice de Dax* (CE 9 octobre 1959)

[27] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23*, p.388.

[28] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Bureau d'aides sociale de Blenod-lès-Pont-à-Mousson* (CE 11 mai 1980) อ้างใน *ibid.*

[29] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *CROUS Académie de Nancy-Metz* (CE 11 Mai 1980) อ้างใน *ibid.*

[30] โปรดดู Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, Droit public économique, 7e édition (Paris : LGDJ, 2014) p. 396,402.

Ref. code: 25595601032187GRS

กรณีที่หนึ่ง กรณีพิพาทในคดี *Société Entreprise Peyrot*[31] ซึ่งศาลตัดสินว่าสัญญารับช่วงก่อสร้างระหว่างบริษัท Esterel-Côte d'Azur อันเป็นบริษัทที่มีรัฐฝรั่งเศสถือหุ้นใหญ่ (บริษัทผสม, une société d'économie mixte; SEM) ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่น *เป็นสัญญาทางปกครอง* เนื่องจากเอกชนฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นคู่สัญญา "มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก" และ "ลักษณะงานเป็นการทำเพื่อประโยชน์โดยตรงของรัฐ"[32] ซึ่งมีลักษณะของการพิจารณาเรื่องวัตถุของสัญญา

อย่างไรก็ตามในระยะแรก ศาลคดีขัดกันและศาลปกครองสูงสุด มีท่าทีสงวนไม่ให้ข้อยกเว้นนี้ขยายออกไป โดยพยายามสงวนข้อยกเว้นนี้ไว้ใช้กับสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในเรื่องการก่อสร้างเท่านั้น ซึ่งแนวคำพิพากษาเองก็ไม่ได้เป็นเอกภาพ[33] ทำให้มีการพัฒนาหลักเรื่องความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองในลักษณะตัวการตัวแทนของฝ่ายปกครองขึ้นมาแทน ซึ่งมีลักษณะเป็นเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ของสัญญา (critère relationnel) มากกว่าเป็นเกณฑ์วัตถุของสัญญา (critère matérial)

กรณีที่สอง กรณีที่มีการมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองตาม *ทฤษฎีการมอบอำนาจ* (Théorie du mandat)[34] กล่าวคือสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้าหาก "เอกชนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองในลักษณะตัวการตัวแทน" ซึ่งเป็นหลักที่ศาล

---

[31] คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน (TC 8 Juillet 1963) บริษัท Peyrot เป็นผู้รับเหมาช่วงรายหนึ่งในสัญญาสัมปทานก่อสร้างทางด่วนระหว่างรัฐกับบริษัท Esterel-Côte d'Azur ส่วนบริษัท Esterel-Côte d'Azur เป็นบริษัทที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนที่มีรัฐฝรั่งเศสถือหุ้นใหญ่ คดีนี้เป็นการพิพาทกันระหว่างบริษัท Peyrot กับ Esterel-Côte d'Azur ในเรื่องการเรียกค่าเสียหาย จากการที่บริษัท Peyrot ต้องล้มละลายเพราะการถอนตัวของผู้รับเหมาช่วงร่วมรายอื่นๆ ซึ่งบริษัท Peyrot เห็นว่าบริษัท Esterel-Côte d'Azur เป็นผู้ออกกลอุบายให้ผู้รับเหมาช่วงร่วมถอนตัวไปจนตนเสียหายจึงมาฟ้องฐานผิดสัญญาช่วง ซึ่งโดยปกติแล้วสัญญาช่วงในเรื่องการก่อสร้างเป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งโดยหลักเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน แต่คดีนี้ศาลตัดสินว่าสัญญาช่วงเป็นสัญญาทางปกครองเพราะบริษัท Esterel-Côte d'Azur เป็นบริษัทเอกชนที่รัฐถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง เป็นผู้รับสัมปทานที่ทำเพื่อประโยชน์โดยตรงของรัฐ ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21* , น.81.

[32] *เพิ่งอ้าง* ,น. 82.

[33] เช่น ศาลปกครองสูงสุดปรับใช้ขอยกเว้นดังกล่าวกับสัญญาช่วงก่อสร้างอุโมงค์ (คดี *Sté concessionnaire du tunnel routier sous le Mont-Blanc* CE 24 avril 1968) ในขณะที่ศาลคดีขัดกันไม่ปรับใช้ข้อยกเว้นกับสัญญาก่อสร้างรถราง (คดี *SNCF c/ Ent.Solon* TC 12 Janvier 1972) แต่ใช้กับสัญญาบริหารงานโยธาสาธารณะ (l'exploitation des ouvrages) (คดี *SEM du tunnel Sainte-Marie-aux-Mines* TC 12 Novembre 1984)

[34] เจตน์ สถาวรศีลพร, "ข้อพิจารณาบางประการสำหรับการให้ลักษณะสัญญาทางปกครองแก่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส," <u>รวมบทความวิชาการเล่ม 4 : กฎหมายปกครองต่างประเทศ</u>, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง) หน้า 196 เชิงอรรถที่ 4

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครองสูงสุดได้วางไว้ในคดี *Société d' equipment de la region montpelliéraine*[35] และโดยศาลคดีขัดกันในคดี Commune d'Agde[36] ในปีเดียวกัน ซึ่งการมอบอำนาจนี้ อาจเป็นการทำการแทนตามกฎหมายตัวแทน (mandate civil) ตามหลักในมาตรา 1998 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส[37] ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับเรื่องทางปกครองย่อมจะต้องมีลักษณะพิเศษตามหลักตัวแทนและการมอบอำนาจทางปกครอง (mandate administratif) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าตัวแทนในระบบกฎหมายเอกชน[38] กล่าวคือเป็นการทำสัญญาซึ่งเป็นการกระทำไปในนามของนิติบุคคลมหาชน (pour le compte d'une person publique)[39] หรืออาจเป็นการทำการแทนโดยปริยาย (mandat explicité) ก็ได้ โดยเฉพาะในกรณีของ *"องค์กรหน้าฉาก"* (l'associations transparentes)[40] ซึ่ง

---

[35] (CE 30 Mai 1975) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีนี้มีข้อเท็จจริงคล้ายๆกันกับคดี *Peyrot* กล่าวคือ มีสัญญาหลักระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัท Société d' equipment de la region montpelliéraine ซึ่งเป็นบริษัทที่รัฐฝรั่งเศสถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง ต่อมาบริษัท Société d' equipment de la region montpelliéraine ทำสัญญากับบริษัท Roussel ให้บริษัท Roussel เป็นผู้รับเหมาช่วงในสัญญาก่อสร้าง ศาลวินิจฉัยว่าสัญญารับช่วงนี้ *เป็นสัญญาทางปกครอง* โดยศาลปรับทฤษฎีตัวการตัวแทน คือ การกระทำของบริษัท Société d' equipment de la region montpelliéraine เป็นการทำแทนกรมทางหลวง เนื่องจากมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันในลักษณะของตัวการตัวแทน

[36] คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน (TC 5 Juillet 1975) ซึ่งเป็นมีสาระสำคัญว่า แท้จริงแล้วนิติบุคคลมหาชนเป็นชักใยอยู่หลังฉากและเป็นผู้ปฏิบัติการตามสัญญา ถือว่ามีความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับนิติบุคคลเอกชนคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง มิใช่เอกชนทั้งสองฝ่ายที่เป็นคู่สัญญากันเป็นคนปฏิบัติตามสัญญาอย่างแท้จริง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

[37] ซึ่งทั้งศาลปกครองและศาลคดีขัดกันยอมรับมายาวนาน ดู คดี *la Brossette et fils* (CE 30 Janvier 1931) คดี *Société des ateliers de construction Schwartz-Haumont* (CE 24 février 1954), คดี *Leduc* (CE 2 Juin 1961), คดี *Syndicat intercommunal pour la creation et le fonctionnement de l'école des Clos* (CE 13 novembre 1987), คดี *Gaz de France* (TC 12 janvier 1974) เป็นต้น ดู เจตน์ สถาวรศีลพร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 34 น.196.

[38] Philippe Yolka, *supra note 4* p.51 รายละเอียด ดู Marguerite Canedo, "Le mandat administratif", thèse, LGDJ, BDP, t. 216, 1999

[39] คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน คดี *Société NERSA* (TC 10 Mai 1993) เป็นกรณีที่บริษัทเอกชนสาขา หรือ "บริษัทลูก" (société filliale) ของการไฟฟ้าฝรั่งเศสหรือ *EDF* (ซึ่งในขณะนั้นยังมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน) ทำสัญญากับบริษัท *NOVOTOME* เพื่อก่อสร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ ถือว่าเป็นกรณีที่นิติบุคคลเอกชนทำการในนามของนิติบุคคลมหาชนซึ่งก็คือ EDF (pour le compte d'EDF) สัญญาก่อสร้างนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

[40] *L' associations transparentes* หรือ *Mandataire transparent* หากแปลตรงตัวคือ "องค์กรโปร่งใส" ซึ่งสามารถมองทะลุผ่านเข้าไปเห็นเนื้อแท้ที่อยู่ด้านในได้ หมายความถึง องค์กรนิติบุคคลเอกชนซึ่งไม่มีอิสระและไม่สามารถแยกออกจากนิติบุคคลมหาชนที่เป็นผู้ก่อตั้งได้ในเชิงพฤตินัย

Ref. code: 25595601032187GRS

เป็นหลักการที่วางไว้โดยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Commune de Boulogne-Billancourt*[41] ว่าสัญญาที่กระทำขึ้นโดยองค์กรดังกล่าวกับเอกชนรายอื่นเป็นสัญญาทางปกครองแม้จะเป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนก็ตาม

นอกจากนั้นหลักการตัวการตัวแทนนี้ยังขยายไปใช้กับสัญญาทางปกครองอื่นๆ เช่น สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ในคดี *Gilles* (TC 14 mai 2012)[42] ในกรณีที่เอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะทำสัญญาให้เอกชนรายอื่นเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะด้วย (sous-délégataires) ในกรณีที่ได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครอง และยังใช้กับสัญญาพัสดุในคดี *Société Sotrame et Metalform c/ GIE SESAM-Vitale* (TC 23 Septembre 2002)[43] ก่อนที่มี

กล่าวคือนิติบุคคลเอกชนถูกครอบงำการบริหารและการจัดการทรัพยากรโดยนิติบุคคลมหาชนที่ก่อตั้งตนขึ้นมา ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Union autonome inter catégorielle Caisse des dépôts et consignations* (CE 2 juin 1989) ซึ่งต้องถูกตรวจสอบในเรื่องกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในการทำสัญญาเช่นเดียวกับนิติบุคคลมหาชนจากอิทธิพลของสหภาพยุโรป ตัวอย่างของการถูกครอบงำโดยนิติบุคคลมหาชน เช่น ในเรื่องของงบประมาณ กำลังคน หรืออำนาจในการตัดสินใจ สัดส่วนการถือหุ้นของรัฐ เป็นต้น

[41] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23* p.389 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด CE 21 mars 2007 มีสาระสำคัญว่า “สมาคมซึ่งจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องลานน้ำแข็งและสระว่ายน้ำของท้องถิ่น Boulogne-Billancourt ถูกมองว่ามีลักษณะเป็น*องค์กรหน้าฉาก* และ สัญญาที่กระทำโดยสมาคมดังกล่าวได้ทำขึ้นเพื่อภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งตนได้รับมอบหมาย สัญญาจึงดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง” “l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs”

[42] ทำนองเดียวกับที่เคยวางหลักไว้ในคดี *Sté des Steeple-chases de France* (TC 10 Julliet 1956) อ้างใน Philippe Yolka, *supra note. 4,* pp.50-51.

[43] คดีนี้เป็นกรณีที่วิสาหกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกชน ชื่อ *GIE-SESAM-Vitale* ซึ่งถูกก่อตั้งจากการรวมตัวตั้งวิสาหกิจของหน่วยงานประกันสุขภาพของรัฐสามองค์กร (ได้แก่ CNAMTS, CCMSA, CANAM) โดยอาศัยอำนาจจากมาตรา L-115-5 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม GIE SESAM-Vitale ได้ทำการประกวดราคาในปี 1997 เพื่อจัดหาวัสดุและอุปกรณ์ในการอ่านและปรับปรุงระบบบัตรประกันสุขภาพ ซึ่งบริษัท Sotrame ผู้ที่ถูกปฏิเสธการเสนอราคา เห็นว่าการปฏิเสธดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงฟ้องต่อ Tribunal de commerce (ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเองในฐานะศาลพาณิชย์ซึ่งมีองค์ประกอบของผู้ตัดสินคดีมาจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ) เป็นคดีเรื่องความรับผิดนอกเหนือสัญญา (responsibilité extracontractuelle) เรียกร้องค่าเสียหายจาก GIE-SESAM-Vitale ซึ่งศาลพาณิชย์เห็นว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม จึงส่งคดีให้ศาลปกครองชั้นต้นเมือง Nantes ซึ่งไม่เห็นว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจของตนเช่นกัน ทำให้คดีมาสู่ศาลคดีขัดกัน ซึ่งศาลคดีขัดกันตัดสินว่า แม้ *GIE-SESAM-Vitale* จะมีสถานะ

Ref. code: 25595601032187GRS

การแก้ไขประมวลกฎหมายพัสดุให้สัญญาตามประมวลกฎหมายดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด

เกณฑ์ในเชิงบุคคลจึงมีจุดอ่อนอยู่มากและไม่เพียงพอในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกันจึงได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุแห่งสัญญาควบคู่กันไปด้วย

(ii) หลักเกณฑ์เรื่องวัตถุแห่งสัญญา (le critère de l'objet)

สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาของสัญญา (objet) เกี่ยวกับ "บริการสาธารณะ" หรือ มีข้อสัญญา (clause) ที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน ดังนี้

(a) วัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการ"บริการสาธารณะ" (la participation à l'exécution même d'un service public) สัญญาของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ อันเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางไว้ในคดี *Thérond* (CE 4 mars 1910)[44] ซึ่งแสดงถึงการได้รับอิทธิพลจากแนวคิด *ทฤษฎีบริการ*

เป็นเอกชน แต่ "คำสั่งปฏิเสธการเข้าร่วมประกวดราคา" ที่เป็นที่มาของคดีพิพาทนั้นมาจากหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ทำบริการสาธารณะทางปกครอง *คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง* นอกจากนั้น GIE-SESAM-Vitale ยังอยู่ในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่ในนามและเพื่อกิจการของหน่วยงานประกันสุขภาพของรัฐ แม้คดีนี้ศาลจะไม่ได้ตัดสินว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เพราะผู้ฟ้องตั้งรูปคดีมาในลักษณะของความรับผิดนอกเหนือสัญญา แต่ก็เป็นตัวอย่างที่ดีของการปรับหลักการตัวการตัวแทนของฝ่ายปกครอง เนื่องจากศาลชี้ขาดอำนาจศาลเคยยืนยันว่าการที่ฝ่ายปกครองดำเนินตามกฎหมายพัสดุไม่เป็นเหตุเพียงพอให้ตัดสินว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ตามคำพิพากษาศาลคดีขัดกันในคดี *Association pour la formation profressionnelle des adultes* (ซึ่งตัดสินก่อนจะมีการประกาศกฎหมายให้สัญญาที่ทำตามกฎหมายพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง) และในคดีนี้การประกวดราคาที่เป็นเหตุแห่งการพิพาทก็เกิดขึ้นในปี 1997 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายที่ให้ ให้สัญญาที่ทำตามกฎหมายพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญานี้จึงอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้แม้คู่สัญญาจะมีฐานะเป็นเอกชนทั้งคู่ก็ตาม โดยเหตุผลมาจากปรับใช้หลักเรื่องเอกชนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองในลักษณะตัวการตัวแทนได้ และวัตถุของสัญญาก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามข้อถกเถียงนี้หมดไปแล้วหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายที่กำหนดให้สัญญาพัสดุตามประมวลกฎหมายพัสดุทุกชนิดเป็นสัญญาทางปกครอง ดู ข้อสังเกตโดย Francis Donnat และ Didier Casas ในวารสาร ALDA วันที่ 16 ธันวาคม 2002 หน้า 1437-1440 แปลโดย ยงยุทธ อนุกูล ใน <u>รวมบทความทางวิชาการเล่ม1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ</u>, น.126-132.

[44] มีเนื้อหาว่า สัญญาที่ทำโดย Ville Montpellier กับเอกชนคือ Thérond มีวัตถุประสงค์ในการจับสุนัขจรจัดและกำจัดซากสัตว์ เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่เอกชนมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะคือเรื่องความสะอาดและสาธารณสุขของเมือง

Ref. code: 25595601032187GRS

สาธารณะ[45] ก่อนที่จะหลีกทางให้กับแนวคิดในเรื่อง les clauses exorbitantes ซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีอำนาจมหาชน จากการวางหลักในคดี *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (CE 31 juillet 1912) ในปี1912 ก่อนที่ *ทฤษฎีบริการสาธารณะ* จะกลับมามีอิทธิพลและบทบาทสำคัญอีกครั้งในปี 1956 เป็นต้นมา จากการวางหลักในคดี *Époux Bertin* (CE 20 avril 1956) ซึ่งก่อให้เกิดการหลอมรวมกันระหว่างทฤษฎีอำนาจมหาชนและทฤษฎีบริการสาธารณะในเวลาต่อมา อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนในปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ อาจปรากฏในสามลักษณะดังนี้

ลักษณะที่หนึ่ง **วัตถุของสัญญาเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง** (une participation directe) เนื่องจากในคำพิพากษาคดี *Thérond* เองไม่ได้วางหลักที่แน่นหนาในเรื่องจุดเกาะเกี่ยวระหว่างสัญญากับบริการสาธารณะมากนัก การวางหลักโดยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Époux Bertin*[46] จึงเชื่อมโยงเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครองกับหลักบริการสาธารณะให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยวางหลักว่า สัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อมีวัตถุของสัญญาเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง (une participation directe) ไม่ใช่แค่ความเชื่อมโยงเพียงผิวเผิน จึงอาจกล่าวได้ว่าด้วยผลการวางหลักในคดีนี้ทำให้ สัญญามอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ (les contrats de délégation de service public) ทุกชนิดถือเป็นสัญญาทางปกครอง

ลักษณะที่สอง **สัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อ “กำหนด” วิธีการ หรือ “ก่อรูปแบบ” ในการจัดทำบริการสาธารณะ** ในวันเดียวกันกับการวางหลักในคดี *Époux Bertin* ยังมีการวางหลัก

---

[45] จุดเริ่มของทฤษฎีบริการสาธารณะเกิดขึ้นจากคดี *Blanco* และพัฒนาต่อมาโดยสำนัก Bordeaux บริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมของนิติบุคคลมหาชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน ในทางทฤษฎีแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (services publics administratifs) และ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (services publics industriels et commerciaux) หัวใจของหลักบริการสาธารณะประกอบด้วย หลักความเสมอภาค(Principe d’égalité) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principe de continuité) และ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ (principe de mutablité)

[46] คดีนี้มีสาระสำคัญว่า สัญญาระหว่างฝ่ายปกครอง กับ คู่สามีภรรยา Bertin ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้เอกชนมีหน้าที่จัดเตรียมอาหารให้แก่ผู้ลี้ภัยชาวโซเวียต สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการจัดเตรียมอาหารดังกล่าวให้แก่ผู้ลี้ภัยสงครามถือเป็นบริการสาธารณะทางปกครองซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีส่วนร่วมในการจัดบริการสาธารณะโดยตรง แม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ปรากฏลักษณะของ clause exorbitente ก็ตาม ก็เพียงพอแล้วในการระบุลักษณะของทางปกครองสัญญา ดู Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23*, p.393.

Ref. code: 25595601032187GRS

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี *Grimouard* (CE 20 avril 1956)[47] ซึ่งวางหลักว่า สัญญาที่หน่วยงานทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อ “กำหนด” วิธีการ หรือ “ก่อรูปแบบ” ในการจัดทำบริการสาธารณะ (constituent des modalités d’exécution du service public) ซึ่งมีคำพิพากษาที่เดินตามแนวนี้ต่อมาในปี 1974 คือคดี *Société la maison isolants de France* (CE 26 Juin 1974)[48] สัญญารูปแบบใหม่ๆ เช่น สัญญาที่มีลักษณะเป็นการหวังผลในทางเศรษฐกิจและกลไกตลาดเช่น สัญญาให้เงินอุดหนุนแก่ผู้ส่งออกสินค้าเกษตรกรรม ก็ถือเป็นสัญญาที่เป็นการกำหนดวิธีในการบริการสาธารณะเช่นเดียวกัน

ลักษณะที่สาม **สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ในฐานะผู้ปฏิบัติงานของรัฐโดยตรง** (les contrats d’engagement des personnels contractuels des service public administratif) ซึ่งก็คือการทำสัญญาจ้างบุคคลเข้าปฏิบัติหน้าที่โดยตรงในการให้บริการสาธารณะไม่ว่าจะถาวรหรือชั่วคราวนั่นเอง สัญญาชนิดนี้มีความซับซ้อนเป็นพิเศษ โดยการวางหลักเริ่มต้นจากคดี *Affortit et Vingtain* (CE 4 Juin 1954) ที่ศาลปกครองสูงสุดตัดสินให้สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะทางปกครองในฐานะผู้ปฏิบัติงานของรัฐโดยตรง เป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับหลักการที่วางไว้ในคดี *Époux Bertin* คือจะต้องปรากฏลักษณะของความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งเป็นแนวทางให้กับคำพิพากษาอีกหลายคดีถัดมา เช่น สัญญาจ้างผู้ทำงานในสถานรับเลี้ยงเด็กของเทศบาล (คดี *Dame veuve Mazerand* TC 25 novembre 1963) หรือ สัญญาจ้างเภสัชกรเฉพาะกาลในโรงพยาบาลรัฐเพื่อวิเคราะห์การใช้ยาของคนไข้กรณีพิเศษ (คดี *Berche* CE 13 Juillet 1962) ล้วนแต่เป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธสัญญาบางชนิดที่มีความห่างไกลกับการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างพนักงานทำความสะอาดในหน่วยงานฝ่ายปกครอง (คดี *Rosa Mérino* TC 7 juillet 1980) ซึ่งถือเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน นอกจากนั้นกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ยังมีความเป็นอัตวิสัยสูง เช่นในสัญญาจ้างคน

---

[47] คดีนี้มีชื่อเต็มว่าคดี *Ministre de l’agriculture c. Consorts Grimouard* ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ฝ่ายปกครองได้ทำสัญญากำหนดหน้าที่ให้เอกชนทำการปลูกป่าในที่ดินของตนเองโดยฝ่ายปกครองจ่ายค่าตอบแทนให้ ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน 1946 คดีนี้ถือว่าฝ่ายปกครองยังดำเนินบริการสาธารณะอยู่ เพียงแต่ไม่ได้เลือกกระทำโดยใช้วิธีออกคำสั่งทางปกครองให้เอกชนปลูกป่าหรือเข้าทำการปลูกป่าในที่เอกชนเอง ซึ่งอาจไม่ส่งผลดีในการปฏิบัติการและบังคับการได้ยาก จึงเลือกที่ใช้วิธีการทำสัญญาเพื่อจูงใจเอกชนให้บรรลุเป้าหมายแทน สัญญาดังกล่าวจึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

[48] เทศบาล Aunay-sur-Odon ฝ่ายปกครองทำสัญญากับบริษัทเอกชน โดยอาศัยอำนาจตามรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการกระจายแหล่งอุตสาหกรรม (décrets du 30 septembre 1953) ขายที่ดินราคาถูกให้บริษัทและยกเว้นภาษีบางชนิดให้กับฝ่ายปกครองให้ โดยแลกกับการที่บริษัทต้องสร้างโรงงานตามขนาดและจ้างจำนวนคนเท่าที่ฝ่ายปกครองต้องการ เพื่อเป็นการสร้างงานในเทศบาล สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาก่อรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง

Ref. code: 25595601032187GRS

ครัวและพนักงานเสิร์ฟ ในกรณีที่เป็นสัญญาทำโดยโรงอาหารของโรงเรียน (école) ถือเป็นสัญญาทางปกครอง แต่กลับเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนในกรณีที่สัญญาทำขึ้นโดยร้านอาหารของมหาวิทยาลัยหรือของโรงพยาบาล[49] ทั้งที่จริงแล้วเนื้อแท้ของสัญญาทั้งสามกรณีเหมือนกันทุกประการ จากสภาพปัญหาดังกล่าว ศาลปกครองจึงได้วางหลักการขึ้นมาใหม่สำหรับสัญญาจ้างบุคคลเข้าปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานฝ่ายปกครอง ในคดี *Préfet de la region Rhône-Alpes c/Berkani* (TC 25 Mars 1996)[50] ว่า สัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง[51] *ถือเป็นสัญญาทางปกครอง* ในขณะที่สัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรม โดยหลักจะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาจ้างผู้บริหารในตำแหน่งสำคัญหรือผู้ควบคุมบัญชี ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในเรื่องลักษณะของความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรงเป็นลักษณะขององค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะแทน

(b) ข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน[52] (le critère des moyens) สัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองได้หากปรากฏว่าสัญญานั้นมี “ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน” ซึ่งเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางไว้ในคดี *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (CE 31 juillet 1912)[53] ซึ่งแนวคิดเรื่องข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏในสัญญา

---

[49] กรุณาเปรียบเทียบคำพิพากษาทั้งสามคดี คือ คดี *Mme Selbonne* (CE 27 février1986) ในกรณีโรงอาหารของโรงเรียน คดี *Rober D.* (TC 19 avril 1982) ในกรณีของร้านอาหารในมหาวิทยาลัย และ คดี *Celli* (TC 4 novembre 1991) ในกรณีร้านอาหารในโรงพยาบาล

[50] คดีนี้ศาลตัดสินว่าสัญญาจ้างผู้ช่วยคนครัวของหน่วยงาน CROUS ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนที่จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองด้านการจัดหาหอพักนักศึกษา เป็นสัญญาทางปกครอง Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23* p.395.

[51] *บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง* คือบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดูแลรักษาความปลอดภัยและชีวิตปกติสุขในชุมชน ซึ่งฝ่ายปกครองต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชน ที่เรียกว่าอำนาจมหาชน ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ได้ ได้แก่กิจการเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในประเทศ การป้องกันประเทศ หรือ การคลัง

[52] มีผู้แปล *les clauses exorbitantes du droit commun* ว่า “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาทางแพ่ง”, “ข้อตกลงซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน” “ข้อสัญญาที่กำหนดให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองที่นอกเหนือจากสิทธิธรรมดา” และ “ข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองนอกเหนือไปจากสิทธิธรรมดาตามกฎหมายเอกชน” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรแปลว่า “ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน” ด้วยเหตุผลที่จะกล่าวต่อไป

[53] คดีนี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงซื้อหินแกรนิตจากเอกชนเพื่อนำมาปูถนน เป็นสัญญาระบบกฎหมายเอกชน เนื่องจากไม่ปรากฏข้อความที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด ดู พัชฌา จิตรมหึมา,“ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”

Ref. code: 25595601032187GRS

ในระบบกฎหมายเอกชน นั้นแสดงออกถึงอิทธิพลจากแนวคิดตาม *ทฤษฎีอำนาจมหาชน* อย่างชัดเจน[54] กล่าวคือมีเหตุผลเบื้องหลังคือ รัฐยังจำเป็นต้องสงวนอำนาจมหาชน (Puissance publique) โดยแสดงออกผ่านทาง เอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองมีแต่เอกชนไม่มี (prérogatives)[55] เพื่อจัดทำภารกิจอยู่

ปัญหาหลักจึงอยู่ที่ความลำบากในการนิยามและให้ลักษณะของ *les clauses exorbitantes du droit commun* เพื่อที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการระบุลักษณะของสัญญาทางปกครอง แม้นิยามของ *les clauses exorbitantes du droit commun* จะไม่มีการบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายและไม่ได้มีนิยามตายตัว แต่ก็พอจะเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี *Société française de constructions mécaniques* (CE 15 février 1935) ว่า "*... les clauses exorbitantes du droit commun* นั้นก่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสภาพที่แตกต่างกับสิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญาอาจยินยอมก่อขึ้นตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"[56] ซึ่งยืนยันต่อมาในคดี *Stein* (CE 20 octobre 1950)

ในทางตำรา *George Vedel* ได้อธิบายว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่อาจปรากฏได้ในสามรูปแบบ[57] คือ ข้อสัญญานั้นไม่อาจเป็นไปได้ (impossible) จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ 27 ฉบับที่ 3, น.16 (2553) ซึ่งในปัจจุบันสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดโดยกฎหมาย

[54] ดังที่ตุลาการผู้แถลงคดี *Léon Blum* ได้ไว้กล่าวโดยสังเขปว่า สัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณา "สภาพของสัญญาโดยรวม" ว่าเป็นสัญญาที่บุคคลมหาชนเท่านั้นที่จะกระทำได้ โดยไม่จำต้องกังวลเรื่องเกณฑ์ในเรื่องบุคคลผู้ทำสัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญาแต่อย่างใด ทำให้เกิดการวิจารณ์อย่างรุนแรงจาก *Léon Duguit* ผู้สนับสนุนเกณฑ์บริการสาธารณะและมีความเห็นว่าสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองมีสภาพไม่ต่างกัน (รายละเอียดคำวิจารณ์ของ Duguit ในภาษาอังกฤษ โปรดดู Alan W. Mewett, "The Theory of Government Contracts," McGill law Journal, Vol.5 n.4, 1959 p.223) อย่างไรก็ตามด้วยผลพวงจากพัฒนาการจากคดี *Epoux Bertin* ในปี 1956 ปัจจุบันศาลจะพิจารณาถึงความมีอยู่ของความเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับบริการสาธารณะก่อนเป็นเบื้องต้น หากไม่ปรากฏลักษณะดังกล่าวจึงจะไปพิจารณาเกณฑ์เรื่องความมีอยู่ของ les clauses exorbitante จึงอาจกล่าวได้ว่า เกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง les clauses exorbitante โดยเป็นเกณฑ์ทางเลือก (alternatif)

[55] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 21, น. 87.

[56] (La clause exorbitante permettent de) "... conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales"

[57] George Vedel (1910-2002) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนและอดีตตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กล่าวในงาน "*Remarque sur la notion de clause exorbitante"* (Mél. Mestre, Sirey) ในปี 1956 p. 527 อ้างใน Philippe Yolka, *supra note* 4 p.58.

Ref. code: 25595601032187GRS

(illicites) หรือ ไม่ปกติ (inusuelles) เมื่อข้อสัญญาดังกล่าวไปปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแนวตำราและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดประกอบกันแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรแปล *les clauses exorbitantes du droit commun* ว่า “ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน”

การเทียบเคียงนิยามดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะระบุลักษณะของ ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน ได้ ศาลปกครองสูงสุดจึงพัฒนากฎเกณฑ์เพิ่มเติมในการระบุลักษณะของข้อสัญญาดังกล่าวผ่านทางคำพิพากษาเพิ่มเติม ซึ่งได้แก่ การพิจารณาถึงลักษณะการใช้อำนาจเอกสิทธิ์อันแสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา (l’inégalité des relations) เช่น การใช้อำนาจควบคุมคู่สัญญาเอกชนเป็นพิเศษ[58] การกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญา[59] การเลิกสัญญาหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น

---

[58] ตัวอย่างเช่น อำนาจในการควบคุมลูกจ้างของร้านอาหารซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บ (คดี *Société d’exploitation touristique de la Haute-Maurienne*, TC 7 Juillet 1980) หรือ การที่คู่สัญญายินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจลงโทษ บุคคลใต้บังคับของตน เช่น สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญา แต่มีฐานะเป็นนักเรียนในสังกัดของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญามีหน้าที่ดูแลด้านวินัย ในคดี *de Mestral* (CE 3 Juillet 1925) ดู René Chapus, Droit administrative général, Tome I, Editions Montchrestien, 1987 pp.412-413 อ้างใน ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 9, ตอน 1, (เมษายน 2533)

[59] เช่น คดี *Société coopérative agricole "La prospérité fermière"* (CE 10 mai 1963) ซึ่งเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเก็บรักษาเนยช่วงสงครามในปี 1954 ซึ่งสัญญามีข้อกำหนดต่างไปจากสัญญาทางแพ่งปกติตรงที่ฝ่ายปกครองสามารถควบคุมปริมาณและกระบวนการนำเข้าและนำออกจากที่เก็บอย่างใกล้ชิด รวมถึงสามารถกำหนดปริมาณเนยที่ออกสู่ตลาดของคู่สัญญาเอกชนได้ การควบคุมโดยฝ่ายปกครองอาจเป็นการ *ทั่วไป* หรือ *เฉพาะเจาะจง* ก็ได้ เช่น ให้ฝ่ายปกครองควบคุมบริหารทั่วไปด้านการเงินของบริษัทเอกชนอย่างใกล้ชิดไม่ให้เอากำไรเกินควร (คดี Société du vélodrome du Parc des Princes CE 26 février 1965) ตัวอย่างของการควบคุมที่เป็นการกำหนดหน้าที่เจาะจงบางประการ เช่น “หน้าที่ต้องขออนุญาต” จากทางราชการเสียก่อนที่จะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการบางอย่าง หรือ ต้องระงับการกระทำบางอย่างทันทีที่มีคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง (คดี *Consorts Cazautets c/ Ville de Limoges* TC 2 Juillet 1962)

Ref. code: 25595601032187GRS

ดังนั้นข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน ได้จำแนกออกเป็นสองลักษณะ[60] คือ *หนึ่ง* ข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่อาจพบได้ในการก่อสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง (les clause exorbitantes en tant que clauses excludes dans les relations privée) และ *สอง* ข้อกำหนดในสัญญาที่ปราศจากความเสมอภาค (les clause exorbitantes en tant que clauses inégalitaires) ซึ่งเมื่อข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นปรากฏในสัญญาแม้เพียงข้อเดียว ก็ถือเป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาทั้งหมดเป็นสัญญาทางปกครอง[61]

ส่วนในกรณีปัญหาเรื่องการมีอยู่ของ *Cahier des charges* ซึ่งแปลได้ว่า “เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน”[62] ว่าการมีอยู่ของเอกสารดังกล่าวในสัญญาจะถือว่าเป็นการปรากฏของ *“ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน”* หรือไม่ เคยมีแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจำนวนหนึ่ง[63] ตัดสินว่าถ้ามีการใช้ cahier des charges ในลักษณะของข้อกำหนดมาตรฐานแนบท้ายสัญญา ถือว่าสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาทีมีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน และถือสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในเวลาต่อมาไม่ได้เดินตามแนววินิจฉัยเช่นนั้น โดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี *Commune de Borce* (CE 2 Octobre 1981) ได้วางหลักไว้ว่าหาก *cahier des charges* เองไม่มีเนื้อหาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่พบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ก็ไม่อาจถือได้ว่าสัญญานั้นลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่แม้ว่าจะมีการปรากฏลักษณะของ *ข้อกำหนดในสัญญาทีมีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน* แต่ถ้าหากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองในฐานะผู้ให้บริการ[64]กับเอกชน

---

[60] เจตน์ สถาวรศีลพร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่34, น.4 เชิงอรรถที่ 4 เป็นเอกสารประเภทหนึ่งที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา มักจะกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาไว้เป็นมาตรฐานเดียว ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือในการทำสัญญา โดยผลของรัฐกฤษฎีกาสี่ฉบับในเรื่องโยธาสาธารณะ พัสดุ ครุภัณฑ์ ทรัพย์สินทางปัญญา และการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรม (marché industrial)

[61] คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน คดี *Société nouvelle d’exploiatation des plages* (TC 20 avril 1959) และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Société vélodrome du Parc des Princes* (CE 26 février 1965)

[62] ชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.185.

[63] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี *Roudier de la Brille* (CE 17 Novembre 1968) และ คดี Société Ateliers de Nettoyage de Fontainebleau (CE 24 Novembre 1972) อ้างใน Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23* p.392.

[64] ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินกิจการในการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรม (services publics industriels et commerciaux) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกิจการ

Ref. code: 25595601032187GRS

ในฐานะผู้ใช้บริการ (usager) สัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาทางปกครอง หากแต่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ตามหลักที่วางไว้ในคดี *Établissements Campagnon-Rey (*CE 13 Octobre 1961) และ คดี *Dame Bertrand* (TC 17 décembre 1962)[65]

นอกจากนั้นศาลปกครองสูงสุดยังพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่อง *ระบบกฎหมาย*ที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน (Le régime exorbitant du droit commun) ในคดี *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* (CE 19 janvier 1973) ซึ่งศาลปกครองวางหลักว่าสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างการไฟฟ้าฝรั่งเศส (EDF ก่อนที่จะมีการแปรรูปเป็นบริษัทเอกชนในปัจจุบัน) กับเอกชนผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อย *เป็นสัญญาทางปกครอง* เนื่องจากมี “ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ” จากลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับควบคุมกิจการไฟฟ้า กล่าวคือมีรัฐกฤษฎีกา (décret ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 1955) ซึ่งกำหนดบังคับให้การไฟฟ้าต้องรับซื้อกระแสไฟฟ้าจากเอกชนผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อย กฎเกณฑ์รายละเอียดของวิธีการการซื้อขาย การเสียภาษี และยังกำหนดอีกว่าหากมีปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายไฟฟ้าดังกล่าวให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการไฟฟ้าวินิจฉัย การกำหนดโดยกฎหมายดังกล่าวทำให้สัญญามีสภาวะ (ambiance) ในทางมหาชน แม้ว่าจะไม่ปรากฏถึง*ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน* โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อมีกฎหมายกำหนดลักษณะพิเศษดังกล่าวย่อมเป็นการเพียงพอในการระบุว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง คำพิพากษานี้ก่อให้เกิดคำวิพากษ์วิจารณ์ และความสับสนในการระบุลักษณะของ “ระบบ” ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่มีความหมายกว้าง อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการซื้อขายไฟฟ้าของ EDF ได้เปลี่ยนไปภายหลังที่มีการแปรรูปการไฟฟ้าเป็นนิติบุคคลเอกชน ทำให้ต้องมีการออกกฎหมายระบุให้สัญญาระหว่าง บริษัท EDF กับเอกชนรายอื่นเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในการพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งเป็นนิตินโยบายของประเทศฝรั่งเศสที่จะให้ศาลปกครองควบคุมสัญญาดังกล่าว

ในปัจจุบันหลักประโยชน์สาธารณะและหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง กำลังปรับตัวเข้าหากันมากขึ้น ด้วยการให้นิยามของ “ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน” โดยเชื่อมโยงกับประโยชน์สาธารณะ ในคำพิพากษาศาลคดีขัดกัน TC 13 octobre 2014 คดี *SA AXA France IARD* n° 3963 ซึ่งตัดสินว่า "ข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ถือว่าตกอยู่ใต้ระบบ

ของเอกชน โดยมุ่งแสวงหากำไรและประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการโดยมีวัตถุของการบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ ผลิต จำหน่าย ให้ บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน และมีวิธีปฏิบัติงานที่คล่องตัวกว่าระบบบังคับบัญชาในส่วนราชการ ที่มาของแหล่งเงินทุนในกิจการลักษณะนี้มีหลากหลายไม่ใช่แค่จากงบประมาณแผ่นดินเพียงอย่างเดียวแต่ยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบด้านบัญชีและวินัยงบประมาณและการคลังอยู่

[65] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23,* p.392.

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง”[66] ซึ่งเป็นการวางหลักเพิ่มเติมว่านิยามของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะด้วย

(2) เกณฑ์ในกฎหมาย: สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดโดยกฎหมาย (les contrats administratif par determination de la loi) เนื่องจากสภาพปัญหาของความไม่ชัดเจนของเกณฑ์เรื่องวัตถุแห่งสัญญาที่ศาลปกครองวางไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจึงเข้ามามีบทบาทในการสร้างความชัดเจนด้วยการกำหนดให้สัญญาที่เป็นปัญหานั้นเป็นสัญญาทางปกครองด้วยการกำหนดให้คดีเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง หรือกำหนดให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยตรงในกฎหมาย ได้แก่

- สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายพัสดุ (les marché soumis au Code de marché publics) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายพัสดุ[67]นั้นตามมาตรา 1 ของประมวลกฎหมายพัสดุได้ให้หมายความว่า “สัญญาที่ทำขึ้นโดย *หน่วยงานผู้มีอำนาจทำสัญญา* (les pouvoirs adjudicateurs)[68]...กับผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อตอบสนองความต้องการใช้งานโยธาสาธารณะ ความต้องการซื้อ หรือความต้องการบริการของหน่วยงานนั้น” ซึ่งสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายพัสดุทุกชนิดล้วนเป็นสัญญาทางปกครอง[69] โดยผลของ มาตรา 2 ของกฎหมาย *MURCEF*[70] ซึ่งมีผลเท่ากับว่าแนววินิจฉัยเดิมของศาลคดีขัดกันในเรื่อง สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการพัสดุ (marché publics de droit privé) นั้นไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานได้อีกต่อไป[71] ซึ่งก็มีเหตุผลเบื้องหลังคือการต้องการสร้างเอกภาพเกี่ยวกับการพิจารณาคดี

---

[66] โปรดดู Antoine BASSET, “De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun” ใน Revue du droit public n°4, 2015, p.873 ซึ่งคัดคำพิพากษาที่ให้นิยามของ clause exorbitante ว่า “clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l’exécution du contrat, implique, dans l’intérêt général, qu’il relève du régime exorbitant des contrats administratifs.”

[67] ประมวลกฎหมายพัสดุมีลักษณะเป็นการรวมกฎ (réglementaire) ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ไม่ได้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายที่เกิดจากกระบวนการนิติบัญญัติ

[68] สัญญาที่ทำขึ้นโดย *หน่วยงานผู้มีอำนาจทำสัญญา* (les pouvoirs adjudicateurs) มีนิยามตามมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายพัสดุ หมายถึง รัฐ (l’État) องค์การมหาชนที่ไม่ได้จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนท้องถิ่น

[69] “Les marchés passé en application du code des marches publics ont le caractère de contrats administratifs ...”

[70] รัฐบัญญัติลงวันที่ 11 ธันวาคม 2001 n° 2001-1168 (ซึ่งมาตรา 2 ถูกแก้ไขโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 14 octobre 2015 n° 2015-1268)

[71] คำพิพากษาเก่าของศาลคดีขัดกันในคดี *Cne de Sauve* (TC 5 juilliet 1999) เคยตัดสินว่าสัญญาพัสดุไม่ปรากฏว่าวัตถุของสัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะโดยตรงหรือปรากฏข้อสัญญาที่

Ref. code: 25595601032187GRS

ในระบบกฎหมายพัสดุนั่นเอง[72] แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเหมือนกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนทั่วไปก็ตาม

- สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (les contrats de partenariat) สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาทางปกครอง โดยผลจากมาตรา 1 ของ ordonnance n° 2004-559 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2004[73] และ มาตรา 1414-1 ของ CGCT (ในกรณีสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ทำโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น) เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีลักษณะซับซ้อนและแยกได้หลายส่วน จึงควรอยู่ในอำนาจของศาลปกครองเพียงศาลเดียว

- สัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะและสัญญาขายอาคารของรัฐ (les consessions de travaux publics et ventes d'immeubles de l'État) โดยผลจาก ordonnance n° 2009-864 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2009 มาตรา 1 ซึ่งบัญญัตินิยามของสัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะว่า "สัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างอาคารหรืองานโยธาสาธารณะ ซึ่งผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิในการทำงานนั้นแต่เพียงผู้เดียวหรือได้รับทั้งสิทธินั้นและการชำระเงินจากรัฐ" [74] ส่วนสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐนั้นนับเป็นสัญญาทางปกครองที่กำหนดโดยกฎหมายรูปแบบเก่าแก่ที่สุดโดยควบคุมโดย loi du pluviôse an VIII มาตรา 4

- สัญญาเกี่ยวกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (les contrats comportant occupation du domaine public) มีที่มาดั้งเดิมจากรัฐกฤษฎีกาซึ่งมีผลเป็นรัฐบัญญัติ décret-loi du 17 juin 1938 ซึ่งปัจจุบันได้รับบัญญัติรวมในประมวลกฎหมายท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales; CGCT) มาตรา L 2331-1 ให้สัญญาดังกล่าวอยู่ใน

แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง สัญญาจึงเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน คำพิพากษานี้ถูกกลับหลังจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ เช่นในคดี *UGAP:CMP* (TC 14 novembre 2011) หรือ คดี Sté Service rapide des Flandres (TC 19 Novembre 2012) ซึ่งตัดสินให้สัญญาพัสดุของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมยังมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตนที่ได้มีการฟ้องต่อศาลยุติธรรม ก่อนวันที่รัฐบัญญัตินี้จะมีผลใช้บังคับ ดูคดี *Union des groupements d'achats public* (CE 3 novembre 2003)

[72] ยงยุทธ อนุกูล, "หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ" รวมบทความวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง) น. 115.

[73] Article 1 "Le contrat de partenariat est un contrat administratif..." สำหรับนิยามของสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนจะกล่าวถึงในส่วนของประเภทของสัญญาทางปกครองต่อไป

[74] " Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix."

Ref. code: 25595601032187GRS

อำนาจพิจารณาของศาลปกครอง[75] ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้คือ สัญญาให้เอกชนครอบครองทางเท้าเพื่อทำร้านค้า สัญญาให้เอกชนครอบครองพื้นที่ในท่าเรือหรือสนามบิน ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะถูกควบคุมด้วยกฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายทรัพย์สินของนิติบุคคลมหาชน (Code général de la propriété des personnes publiques; CGPPP)[76]

- สัญญาซื้อไฟฟ้า (contrat d'achat d'électricité) ที่ทำขึ้นโดยการไฟฟ้าฝรั่งเศส (Électricité de France; EDF) กับผู้ผลิตและผู้จ่ายกระแสไฟฟ้ารายอื่นตาม มาตรา 10 ของรัฐบัญญัติ n° 2000-108 ซึ่งแก้ไขโดยกฎหมาย *ENL*[77] เนื่องจากปัจจุบัน EDF ได้ทำการแปรรูปเป็นบริษัทเอกชนแล้วด้วยผลของกฎหมายแปรรูปรัฐวิสาหกิจ[78] จึงนับเป็นนวัตกรรมใหม่ที่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองบังคับใช้กับสัญญาที่คู่สัญญาเป็นเอกชนทั้งคู่โดยผลของกฎหมาย ซึ่งได้รับอิทธิพลของกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มุ่งควบคุมสัญญาที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่มีสถานะเป็นเอกชนแต่มีการครอบงำองค์กรโดยรัฐนั่นเอง[79] ถือเป็นการขจัดความไม่แน่นอนของกฎเกณฑ์เรื่อง *ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษฯ* (régime exorbitant du droit commun) ซึ่งเคยวางไว้ในคดี *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* (CE 19 janvier 1973) ซึ่งอาจมีปัญหาในการตีความหลักเดิมที่เคยใช้เมื่อเกิดการแปรรูปของ EDF ในปี 2004 ด้วยการออกกฎหมายเฉพาะระบุให้สัญญาซื้อขายไฟฟ้าดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองแทน[80]

นอกจากนี้ยังมีเทคนิคอื่นๆเสริมในการจำแนกสัญญาทางปกครอง เช่นการใช้ *ทฤษฎีสัญญาอุปกรณ์* (Théorie de l'accessoire) ซึ่งอนุโลมมาจากหลักกฎหมายสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนในเรื่อง *Accessorium sequitur principale* กล่าวคือ สัญญาอุปกรณ์ย่อมมีสถานะเช่นเดียวกับสัญญาหลัก หากสัญญาอุปกรณ์เป็นเพียงส่วนขยายของสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาอีก ตัวอย่างของสัญญา

---

[75] Rozen Noguellou, *supra note 13* p.681 "litiges relative aux contrats comportant occupation du domaine public ..., sont portés devant le Tribunal administratif"

[76] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note.* 23 p.386.

[77] รัฐบัญญัติ ENL n° 2010-788 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม 2010 ซึ่งแก้ไข มาตรา 10 ของรัฐบัญญัติ n° 2000-108

[78] รัฐบัญญัติ loi n° 2004-803 ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2004 และ รัฐกฤษฎีกา décret n° 2004-1924 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2004 ดูคดี *Sté Bioenerg* CE 1 juilliet 2010

[79] สำหรับเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาการครอบงำโดยรัฐเป็นไปสหภาพยุโรปได้วางไว้ โปรดดูบทที่สองของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

[80] Philippe Yolka, s*upra note* 4 p.61.

Ref. code: 25595601032187GRS

อุปกรณ์ที่พบมากที่สุดคือสัญญาค้ำประกันหรือการรับประกัน (cautionnement et garantie) ในสัญญาทางปกครองนั่นเอง[81]

3.1.3 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง

3.1.3.1 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน

สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน คือสัญญาที่ฝ่ายปกครองลดฐานะของตัวเองลงให้เท่าเทียมกับบุคคลธรรมดาด้วยการเข้าทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเหมือนกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งไม่มีเรื่องประโยชน์สาธารณะมาเกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม การใช้เกณฑ์ “วัตถุประสงค์ของสัญญา” นั้นก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนออกจากสัญญาทางปกครอง ทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนทำนองเดียวกับการบัญญัติให้สัญญาบางชนิดเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนจึงแบ่งออกเป็นสองชนิด คือ (1) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนโดยสภาพ และ (2) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนจากการกำหนดของกฎหมาย

(1) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนโดยสภาพ หากสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำไม่เข้าลักษณะของสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด และ ไม่พบลักษณะอันเป็นองค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ไม่มีเนื้อหาของสัญญาหรือสภาพของสัญญาเป็นการกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ และไม่มีข้อสัญญากำหนดให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองที่นอกเหนือจากสิทธิธรรมดา และไม่มีระบบกฎหมายพิเศษที่ใช้กับสัญญานั้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ดังนั้น แม้จะมีการตกลงของคู่สัญญากำหนดเขตอำนาจศาลกันเองก็ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของสัญญาไปได้[82]

นอกจากนั้นหากพิจารณาในแง่ลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินกิจการในการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (services

---

[81] ตัวอย่างของสัญญาค้ำประกันที่เป็นสัญญาทางปกครอง โปรดดูคดี *Département de la Réunion* (CE 13 Juin 1986) ซึ่งเป็นสัญญาค้ำประกันสัญญากู้ยืมที่เป็นสัญญาทางปกครอง และ คดี *Rouveyre* (TA Bordeaux 19 décembre 2012) สัญญาค้ำประกันในสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน อ้างใน *ibid.,*p.61.

[82] CE 25 Octobre 1961 คดี *Geronomi*

Ref. code: 25595601032187GRS

publics industriels et commerciaux)[83] โดยปกติสัญญาที่เกิดจากการดำเนินกิจการในรูปแบบดังกล่าว จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น สัญญาจ้างแรงงานระหว่างหน่วยงานระหว่างหน่วยงานที่ดำเนินกิจการในการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรมกับบุคลากรของตน[84] สัญญาระหว่างหน่วยงานที่ดำเนินกิจการในการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรมกับเอกชนผู้ใช้บริการ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักเพิ่มเติมว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะมีลักษณะให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองที่นอกเหนือจากสิทธิธรรมดาหรือไม่ก็ตาม สัญญาประเภทนี้ย่อมเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนเสมอ[85]

(2) สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนจากการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงหรืออาจเป็นการกำหนดไว้โดยอ้อม ด้วยการกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมก็ได้ เช่น สัญญาว่าจ้างให้เอกชนช่วยเก็บภาษีเทศบาล ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ.1809 หรือสัญญาให้บริการทั่วไปเกี่ยวกับเสบียงกองทัพระหว่างเอกชนกับกองทัพ ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905 สัญญาเช่าทรัพย์และที่ดินของฝ่ายปกครองในเขตชนบทเพื่อการเกษตรกรรม ตามมาตรา 861 ของประมวลกฎหมายชนบท (Code rural) เป็นต้น ล้วนแล้วแต่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น

3.1.3.2 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

จากนิยามที่ค่อนข้างกว้างของสัญญาทางปกครอง และลักษณะการใช้สัญญาทางปกครองซึ่งมีพลวัตร ทำให้สัญญาทางปกครองมีหลากหลายประเภทและมีความซับซ้อนเป็นอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากวัตถุของสัญญา อาจสามารถแบ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสออกเป็นห้าประเภท ดังนี้

(1) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (les marché public) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าประมวลกฎหมายพัสดุได้ให้นิยามของสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 2

---

[83] มีลักษณะคล้ายคลึงกับกิจการของเอกชน โดยมุ่งแสวงหากำไรและประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการโดยมีวัตถุของการบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ ผลิต จำหน่าย ให้ บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน และมีวิธีปฏิบัติงานที่คล่องตัวกว่าระบบบังคับบัญชาในส่วนราชการ ที่มาของแหล่งเงินทุนในกิจการลักษณะนี้มีหลากหลายไม่ใช่แค่จากงบประมาณแผ่นดินเพียงอย่างเดียวแต่ยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบด้านบัญชีและวินัยงบประมาณและการคลังอยู่

[84] เว้นแต่ข้าราชการระดับสูงในตำแหน่งสำคัญของหน่วยงานที่ดำเนินกิจการในการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรม เป็นสัญญาทางปกครอง ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Jalenques de Labeau (CE 8 Mars 1957)

[85] C.E. 13 Octobre 1961 Établissements Campagnon-Rey

Ref. code: 25595601032187GRS

กล่าวคือเป็นสัญญาที่ *หน่วยงานผู้มีอำนาจทำสัญญา* (les pouvoirs adjudicateurs) ทำขึ้นกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความจำเป็นของฝ่ายปกครอง สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นอาจแบ่งเป็นสามประเภทหลัก ดังนี้

(a) *สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ* (les marché de travaux public) ได้แก่ การก่อสร้างหรือปรับปรุงต่อเติมอาคารสัญญาผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม (marché industriel) สัญญาศึกษาวิจัย สัญญาจ้างที่ปรึกษา (marché d'etudes) อันเป็นสัญญาจ้างทำของ เป็นรูปแบบดั้งเดิมที่สุดก่อนที่มีพัฒนาการที่ซับซ้อนไปเป็นสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ ซึ่งมีประเด็นของการใช้สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน เข้ามาเกี่ยวข้องในปัจจุบัน

(b) *สัญญาจัดซื้อตามความต้องการ* (les marché de fourniture) ซึ่งก็คือสัญญาซื้อเพื่อจัดหาสังหาริมทรัพย์ เช่น พัสดุ ครุภัณฑ์ มาใช้ในงานทั่วไปของฝ่ายปกครอง ซึ่งปัจจุบันมีลักษณะการจัดซื้อที่ซับซ้อนขึ้น เช่น สัญญาผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม (marché industriel) หรือสัญญาซื้อเครื่องมือที่มีลักษณะทางเทคนิคเช่นเครื่องมือทางการแพทย์

(c) *สัญญาจัดจ้างบริการ* (les marché de service) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการใช้บริการของบุคคลภายนอก เช่น การจ้างพนักงานทำความสะอาด การจ้างบริการขนส่งข้าราชการ การจ้างจัดเลี้ยงในหน่วยงาน การจ้างผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม (marché industriel)[86] การจ้างศึกษาวิจัย

(2) สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (les délégation de service public) การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาตั้งแต่ก่อนที่จะเกิดระบบกฎหมายปกครองสมัยใหม่ กล่าวคือเป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐสามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นจัดทำกิจการของแผ่นดินบางประเภท โดยให้ผู้นั้นได้รับค่าตอบแทนจากการเก็บค่าธรรมเนียมกับผู้ใช้บริการในลักษณะผูกขาด ซึ่งมีลักษณะเป็นการสั่งการฝ่ายเดียว ข้อความคิดในเรื่องการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ มีพัฒนาการจากการสั่งการฝ่ายเดียวในรูปแบบการอนุญาตได้เปลี่ยนเป็นรูปแบบสัญญาหลังจากการเกิดขึ้นของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ ทำให้มีการเปลี่ยนแนวคิดจากเรื่องการผูกขาดกิจการเป็นเรื่องการรับมอบหมายให้ทำบริการสาธารณะโดยมีค่าตอบแทนแทน นอกจากนั้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ก็เกิดเปลี่ยนแปลง

---

[86] สัญญาผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรม (marché industriel) ส่วนใหญ่จะเป็นการว่าจ้างในกิจการเกี่ยวกับความมั่นคงหรือยุทโธปกรณ์ เครื่องบิน รถถัง ซึ่งเป็นการจัดจ้างที่พิเศษมาก เพราะผู้ผลิตอาจมีอำนาจต่อรองสูงเนื่องจากตนมีเทคโนโลยีที่รัฐต้องการ และเป็นสภาพที่ไม่มีการแข่งขันกัน ดังนั้นรัฐจึงต้องประเมินราคาโดยการศึกษาวิเคราะห์ต้นทุนโดยใช้วิธีพิเศษ ซึ่งหากรัฐไม่สามารถกระทำได้เอง อาจต้องทำสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อวิเคราะห์ราคาให้ เพื่อให้รัฐพร้อมที่จะเจรจากับผู้รับจ้างผลิตต้นแบบทางอุตสาหกรรมได้ โปรดดู M. Philippe Turguet de Beauregard, "การบรรยายพิเศษโดยที่ปรึกษาสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส ในหัวข้อสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง," วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 18 ตอนที่ 1 (เมษายน 2542) น.7.

Ref. code: 25595601032187GRS

แนวคิดในเรื่องเศรษฐกิจและนโยบายการคลัง เนื่องจากรัฐเกิดปัญหาทางการคลังขึ้นจากการแบกรับภาระในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง การมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะจึงมีลักษณะที่กว้างขึ้นเรื่อยๆและเกิดรูปแบบใหม่ๆมากขึ้น รวมถึงการได้รับอิทธิพลในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความโปร่งใสจากสหภาพยุโรป จนกระทั่งปัจจุบันได้พัฒนาจนกลายเป็นลักษณะของการร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (partenariat public-privé) ในที่สุด

มาตรา 3 ของรัฐบัญญัติ *MURCEF* ประกอบกับมาตรา38 ของรัฐบัญญัติ *Sapin*[87] และมาตรา L 1411-1 ของประมวลกฎหมายท้องถิ่น (CGCT) ได้ให้นิยามของสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะว่าคือ “สัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะคือ สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนมอบหมายให้ผู้รับมอบหมาย (délégataire) จัดทำบริการสาธารณะ โดยการชำระเงินตามสัญญา (rémunération) มีความเชื่อมโยงกับผลประกอบการของบริการนั้นโดยตรง” ความหมายของคำว่า “การชำระเงินตามสัญญาเชื่อมโยงกับผลประกอบการของบริการ” นั้นแปลความได้ว่า ผู้รับมอบหมายในการจัดทำบริการสาธารณะจะได้รับค่าตอบแทนโดยการเก็บค่าธรรมเนียมกับผู้ให้บริการและผู้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะจะต้องแบกรับ “ความเสี่ยงในการประกอบการ” (risque d'exploitation) เอาไว้ อันเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Département de la Vendée* (CE 7 novembre 2008) การแบกรับ “ความเสี่ยงในการประกอบการ” (risque d'exploitation) จึงเป็นลักษณะที่สำคัญของสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะสามารถแบ่งออกเป็นสามประเภทหลักคือ สัมปทาน (consession) การมอบหมายให้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ (affermage) และการว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการสาธารณะแทนรัฐ (régie interessée) ดังนี้

(a) สัมปทาน (consession) เป็นรูปแบบของการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนรับความเสี่ยงจากการให้บริการเองและได้รับผลตอบแทนเป็นค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น ทั้งนี้สิ่งก่อสร้างและการลงทุนต่างๆที่เอกชนได้ลงทุนไปจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ สัญญาสัมปทานจะมีระยะเวลายาวแต่จะไม่เกินระยะเวลาคืนทุน ทั้งนี้ระยะเวลาของสัญญาสัมปทานอาจมีการขยายได้ในกรณีที่มีการลงทุนใหม่ ซึ่งทำให้ระยะเวลาในสัมปทานขยายให้ไปเท่าระยะเวลาคืนทุนใหม่นั่นเอง สัมปทานสามารถแบ่งออกเป็นสามประเภทคือ *สัมปทานการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน* (consession d’occupation du domaine public) ซึ่งก็คือการครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินในช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อประกอบกิจการบางอย่าง *สัมปทานการก่อสร้างโยธาสาธารณะ* (concession de travaux publics) ซึ่งก็คือการก่อสร้างและบริหารโครงการ และ *สัมปทานการจัดทำบริการสาธารณะ* (concession de service public) เช่น การให้สัมปทานเกี่ยวกับการขนส่งมวลชน หรือ บริการสาธารณะที่มีโครงข่าย จะเห็นได้ว่าสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นสัมปทานโยธาสาธารณะมีส่วนทับซ้อนกับสัญญาเกี่ยวกับจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับงานสาธารณะ (les marché de travaux public)

---

[87] Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993

Ref. code: 25595601032187GRS

(b) การมอบหมายให้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ (affermage) คือ กรณีที่หน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนไปรับดำเนินการในกิจการที่ฝ่ายปกครองมีอยู่แล้ว โดยให้เอกชนไปบริหารทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งเอกชนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการบางส่วนจากที่รัฐแบ่งให้ ซึ่งอายุของสัญญามักจะสั้นและไม่เกินสิบปี

(c) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการสาธารณะแทนรัฐ (régie interessée) คือ กรณีที่เอกชนได้รับค่าตอบแทนตายตัวในลักษณะเหมาจ่าย บวกกับเงินพิเศษซึ่งเป็นแรงจูงใจ ถ้าหากกิจการของรัฐมีผลกำไรดี โดยฝ่ายปกครองจะเก็บผู้เงินที่ได้จากผู้ใช้บริการทั้งหมด เป็นวิธีที่นิยมใช้ในโครงการที่มีระยะเวลาไม่เกินห้าปี

นอกจากนั้นในตำราบางเล่มยังนับ *การจ้างผู้บริหารงานแทน* (gérance) เป็นประเภทหนึ่งของสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการจ้างผู้บริหารงานแทนนั้นมีลักษณะเหมือนลูกจ้างในฐานะผู้บริหารโครงการซึ่งมีระยะสั้น 2-5 ปี จึงสามารถจัดไปอยู่ในสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานแทน

(3) สัญญาเกี่ยวกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (les contrats d'occupation du domaine publique) เป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินภายในระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก

(4) สัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานปกครอง (les contrat de recrutement d'agents publics) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการแต่งตั้งข้ารัฐการจะต้องทำเป็นคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่ระบบสัญญาจ้างจะใช้กับลูกจ้างของวิสาหกิจของรัฐที่เป็นเอกชน อย่างไรก็ตามปัจจุบันมีการปรับใช้สัญญาในการจ้างพนักงานของรัฐซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครองมากขึ้น นับเป็นแนวคิดใหม่ในการเพิ่มความคล่องตัวของส่วนราชการให้มากขึ้น

อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภทสัญญาทางปกครองในลักษณะดั้งเดิมในสี่ประเภทแรกไม่สามารถครอบคลุมสัญญารูปแบบใหม่ๆที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงไปของโลกได้ เช่นกรณีของ "สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน" (contrats de parteneriat) ซึ่งนับเป็นสัญญาทางปกครองประเภทใหม่ดังนี้

(5) สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน[88] (contrats de parteneriat) เป็นสัญญารูปแบบหนึ่งของความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (partenariat public-privé ; ppp) ซึ่งเป็นข้อความคิดที่เกิดขึ้นจากอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษในเรื่อง Private Finance Initiative (PFI)[89]

---

[88] มีผู้แปล contrats de parteneriat ว่า สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความหมายแคบเกินไป เพราะความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนมีมากกว่าการร่วมทุน

[89] เป็นแนวคิดที่ถูกหยิบยกขึ้นในปี 1992 ในรัฐบาลของ Sir John Major เป็นวิธีการจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบหนึ่ง ที่ใช้ศักยภาพของเอกชนประกอบกับทุนและทรัพยากรของรัฐ เพื่อที่จะสร้างสาธารณูปโภคหรือบริการตามความต้องการของรัฐ ในปัจจุบัน PFI จึงเป็นเพียงวิธีการย่อยหนึ่งของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (PPP) โปรดดู Adam Reekie, "Public Private

Ref. code: 25595601032187GRS

การปรับใช้ข้อความคิดเรื่องการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในฝรั่งเศสเริ่มต้นในช่วงปี 2002-2004 โดยเริ่มจาก กิจการเกี่ยวกับงานทางปกครองคือการก่อสร้างคุก และ กิจการด้านสาธารณสุขคือการก่อสร้างโรงพยาบาล ก่อนที่จะมีการออกกฎหมายมารองรับกิจการทั่วไปในปี 2004 คือ ordonnance n° 2004-559 ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม 2003 (loi n° 2003-591)[90]

ความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (partenariat public-privé ; ppp) นั้นไม่มีคำนิยามในกฎหมายหรือแนวคำพิพากษา[91] หากแต่เป็นรูปแบบการจัดการสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องด้านการเงิน (financing method) และ การจัดการความเสี่ยง (risk allocation) เป็นคำกว้างๆที่ใช้เรียกความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งอาจมีชนิดหลากหลายกันไป[92] ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่[93] คือ *ความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในรูปแบบสัญญา* (ppp contractuel) และ *ความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในรูปแบบของสถาบัน* (ppp institutionales)

ความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในรูปแบบสัญญา (ppp contractuel) สามารถแบ่งประเภทย่อยออกเป็น[94] สัญญาความร่วมมือในความหมายอย่างกว้าง (CPE)[95] และ สัญญามอบหมายให้ทำบริการสาธารณะ (délégation de service public ; DSP)

Partnership Lessons learned the Hard Way: 20 Years of the UK's Private Finance Initiative," วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 44, ฉบับที่ 2, น. 305-374. (มิถุนายน 2558)

[90] Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ซึ่งถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใน Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อจำกัดการใช้สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนไว้เพิ่มเติมด้วย ซึ่งกลายเป็นมาตรา 2 ของ ordonnance n° 2004-559 ในเวลาต่อมา

[91] François Lichère, "Les parteneriats public-privés en droit français", Partenariats public-privé : rapports du XVIII[e] congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, ed. François Lichère (Bruxelles : Bruylant, 2011) p.309.

[92] Mohamed A.M. Ismail, Globalization and new international public works agreements in developing country : an analytical perspective, (England : Ashgate, 2011) p.44.

[93] François Lichère, *supra note 89,* p.312 และ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, Droit public économique, 7e édition (Paris : LGDJ, 2014) p. 336, 342.

[94] European PPP Expertise Centre, "France PPP units and Related Institutional Framework" (European Investment Bank, May 2012), p.7.

[95] สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (contrats de parteneriat; CP) เป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการร่วมมือในลักษณะสัญญาเท่านั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งนอกจากสัญญา CP แล้วยังมี สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนเฉพาะภาคส่วน (parteneriat sectoriels) ใน

Ref. code: 25595601032187GRS

จะเห็นได้ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในรูปแบบสัญญานั้นมีความเกี่ยวข้องกับข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง กล่าวคือเนื้อแท้ยังคงเป็นเรื่องการก่อสร้างและเรื่องโยธาสาธารณะ เพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลง ทั้งในแง่ของเนื้องานที่มากขึ้น ระยะเวลาในสัญญาที่ยาวขึ้น รูปแบบการจ่ายเงิน และการแบกรับความเสี่ยง ประกอบกับลักษณะของสัญญาที่ซับซ้อนแบ่งเป็นหลายส่วนมากขึ้น ดังนั้นแท้จริงแล้วความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (PPP) จึงเป็นพัฒนาการของสัญญาโยธาสาธารณะซึ่งเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marché public) รูปแบบหนึ่งและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั่นเอง และยังอาจรวมไปถึงสัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินด้วย จึงอาจนับได้ว่า ข้อความคิดเรื่องความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นการจัดประเภทรูปแบบของสัญญาทางปกครองแบบใหม่ตามลักษณะความเป็นพลวัตรของสัญญาทางปกครองนั่นเอง

นิยามของสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (contrats de parteneriat) สามารถพิจารณาได้จาก มาตรา 1 ของ ordonnance n° 2004-559 สรุปใจความสำคัญได้ว่า “สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งรัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐมอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาเข้ามามีส่วนในจัดทำภารกิจโดยรวมเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการออกแบบ (ทั้งหมดหรือบางส่วน) การก่อสร้าง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพัฒนา การให้บริการ การจัดการและการดูแลรักษา ในโครงการโยธาสาธารณะ สาธารณูปโภคพื้นฐานหรือ *สินทรัพย์ไม่มีตัวตน*[96] ของฝ่ายปกครอง ภายในระยะเวลาไถ่ถอนมูลค่าลงทุน[97] หรือ ระยะเวลาตามข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกัน"

สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน จะต้องปรากฏ *ลักษณะของการจัดการโดยรวม* (une mission globale) ซึ่งเป็นรูปแบบของความร่วมมือ อย่างน้อยสามลักษณะ คือ *ประการที่หนึ่ง* จะต้องมีการสร้าง ปรับปรุง ซึ่งโครงการโยธาสาธารณะ สาธารณูปโภคพื้นฐานหรือ

รูปแบบแยกย่อยต่างๆมากมาย เช่น สัญญาความร่วมมือและเช่าซื้อในกิจการทางปกครอง bail emphytéotique administratif (BEA) สัญญาความร่วมมือและเช่าซื้อในกิจการสถานพยาบาล bail emphytéotique hospitalier (BEH) สัญญาให้ครอบครองทรัพย์สาธารณะ autorisations d’occupation temporaire du domaine public (AOT) หรือ สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ไถ่ถอนก่อนครบกำหนดได้ bail emphytéotique avec clause de rachat anticipé (LOA)

[96] สินทรัพย์ไม่มีตัวตน (biens immatériels ; Intangible asset) หมายถึงสินทรัพย์ที่ไม่เป็นตัวเงินและไม่มีลักษณะเป็นรูปธรรมแน่นอน ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจในอนาคตของเจ้าของ แต่สามารถระบุตัวหรือตีราคาได้ เช่นสิทธิบัตร สัมปทาน ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ความนิยมในตัวสินค้าและกิจการ เป็นต้น

[97] ระยะไถ่ถอนมูลค่าการลงทุน (la durée d'amortissement des investissements ; a period set according to investment amortization) ในบริบทนี้หมายถึงระยะเวลาที่คู่สัญญาคำนวณว่าผู้ลงทุน (ซึ่งในกรณีนี้คือรัฐ) จะถึง *จุดคืนทุน* กล่าวคือเป็นระยะเวลาที่คาดว่าหลังจากการประกอบกิจการไประยะหนึ่งผู้ลงทุนจะได้เงินคืนกลับมาเท่ากับจำนวนที่ลงทุนไปนั่นเอง

Ref. code: 25595601032187GRS

สินทรัพย์ไม่มีตัวตนของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นกิจการหลักของการร่วมมือ *ประการที่สอง* การบำรุงรักษา หรือ การบริหารและประกอบกิจการ และ *ประการที่สาม* จะต้องมีการบริหารด้านเงินทุนในกิจการ และยังต้องปรากฏลักษณะของความร่วมมือในระยะยาว และมีการบริหารการเงินร่วมกัน รวมถึงจะต้องมีการแบ่งปันความเสี่ยงไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงด้านการค้าหรือความเสี่ยงด้านความเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองหรือกฎหมาย และจะต้องมีการนำรายได้ส่งรัฐ หรือการแบ่งรายได้ด้วยวิธีอื่นตามที่คู่สัญญาตกลงกัน ตลอดระยะเวลาของสัญญา

ไม่เพียงแต่รัฐที่มีอำนาจในการทำสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถทำสัญญาความร่วมมือกับเอกชนได้เช่นกัน แต่จำกัดมูลค่าของสัญญา (seuil) อยู่ที่ 40 ล้านยูโร นิติบุคคลมหาชนอื่นๆ หรือแม้แต่วิสาหกิจตามกฎหมายเอกชนที่รัฐเป็นเจ้าของ (public bodies under private law) ก็ยังสามารถทำสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ด้วยสภาพของสัญญาที่มีมูลค่ามหาศาลและอาจเปิดช่องให้มีการทุจริต ในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาความร่วมมือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวางหลักจำกัดการใช้สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนไว้ในคดี *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* (n° 2003-473 DC du 26 juin 2003) ซึ่งต่อมาได้รับการบัญญัติใน มาตรา 2 ของ ordonnance n° 2004-559 ซึ่งแก้ไขโดยรัฐบัญญัติ (loi) n°2008-735 du 28 juillet 2008 กล่าวคือ สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนจะถูกใช้ได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งในสามประการ ดังต่อไปนี้

หนึ่ง เป็นเงื่อนไขเรื่องความซับซ้อนของโครงการ (complexité du projet) ซึ่งความซับซ้อนนั้นทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถกำหนดแผนการด้านการเงินหรือกฎหมายที่มีประสิทธิภาพได้หากปราศจากความร่วมมือทางเทคนิคจากเอกชน ซึ่งเป็นเงื่อนไขทำนองเดียวกับการใช้วิธีจัดซื้อจัดจ้างแบบการเจรจาแข่งขัน (le dialogue compératif) ที่สหภาพยุโรปวางแนวไว้ หรือ

สอง โครงการนั้นมีลักษณะที่เร่งด่วน (urgent) ศาลปกครองสูงสุดได้ตีความลักษณะที่เร่งด่วนไว้ว่า เป็นกรณีที่ความล่าช้าในการตัดสินใจทำโครงการ จะทำให้ประโยชน์สาธารณะอาจเสียไปหรือมีผลกระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *Lenoir* CE 23 Juillet 2010) หรือ เมื่อเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ ทำนองเดียวกับเหตุสุดวิสัย ทำให้ไม่อาจใช้วิธีการอื่นในการจัดทำบริการสาธารณะได้[98] หรือ

สาม สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนนั้นมีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ (efficience économique) กล่าวคือเมื่อพิจารณาจากลักษณะของโครงการแล้ว ประกอบกับข้อดีและข้อเสียของวิธีการจัดทำบริการสาธารณะรูปแบบต่างๆ การใช้สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนจะมีความคุ้มค่ามากกว่าวิธีอื่น

---

[98] François Lichère, *supra note 90,* p.317.

Ref. code: 25595601032187GRS

ความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (PPP) จึงมีลักษณะที่ซับซ้อนเป็นการรวมลักษณะของสัญญาทางปกครองหลายๆประเภทไว้ด้วยกัน (caractère hybrid)[99] ตั้งแต่ลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ลักษณะของสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ ไปจนถึงสัญญาให้ครอบครองทรัพย์สินของแผ่นดิน ดังนั้นคำถามที่สำคัญสำหรับกลุ่มประเทศที่ใช้แนวคิด contrat administratif จึงอยู่ที่จะผสานข้อความคิดดังกล่าวให้เข้ากับข้อความคิด PPP ซึ่งเป็นกระแสของโลกปัจจุบันได้อย่างไร

นอกจากนั้นด้วยอิทธิพลของกฎหมายสหภาพยุโรปในเรื่อง สัญญาภาครัฐ (contrat public) ซึ่งมีนิยามแตกต่างจาก contrat administratif อย่างยิ่ง ทำให้ฝรั่งเศสต้องจัดระเบียบสัญญาของฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับพันธกรณีให้มากขึ้น โดยเฉพาะการประกันความโปร่งใส การตรวจสอบได้ของสัญญา การทำสัญญาโดยเคารพหลักการแข่งขันทางการค้าที่เท่าเทียมและการโฆษณาประกาศการทำสัญญา ประกอบกับการจัดประเภทของสัญญาทางปกครองแบบดั้งเดิมยังมีความทับซ้อน ทำให้ฝรั่งเศสกำลังพัฒนาแนวคิดในการแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมการทำสัญญาภาครัฐทุกประเภท เพื่อให้ตอบปัญหาในกรณีของสัญญาซึ่งทำโดยวิสาหกิจเอกชนซึ่งควบคุมโดยรัฐซึ่งอยู่ในความหมายของสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปและสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนมากขึ้น

3.2 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส
(La passation des contrats d'administration)

3.2.1 เสรีภาพของฝ่ายปกครองในการกระทำการในรูปแบบสัญญา

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การเลือกใช้เครื่องมือสัญญาทางปกครอง ย่อมเป็นไปตาม *หลักเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการกระทำการในรูปแบบสัญญา* (La liberté contractuelle des personelle publiques) ที่ว่าฝ่ายปกครองมีอิสระในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองในการจัดทำภารกิจทางปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคดี *Union des transports publics urbains et régionaux* (CE 2 février 1983) ซึ่งได้รับการยอมรับให้เป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ[100] ในเวลาต่อมา

อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองอาจถูกจำกัดเสรีภาพดังกล่าวลง เช่น การห้ามฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือสัญญาในกิจการที่เกี่ยวข้องกับภารกิจในการป้องกันการกระทำผิดกฎหมายหรือ

---

[99] ลักษณะเช่นนี้ยังปรากฏในสัญญาอื่นๆในปัจจุบัน เช่น สัญญาบริหารตกแต่งเมือง (contrat de mobillier urbain) หรือสัญญาซึ่งมีลักษณะบูรณาการหลายภาคส่วน หลายสัญญา

[100] คำพิพากษาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคดี *Loi relative au secteur de l'énergie* (CC n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006)

Ref. code: 25595601032187GRS

การรักษาความสงบเรียบร้อย (police administratif)[101] ซึ่งเป็นผลจากการวางหลักโดยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Ville de Castelnaudary* (CE ass. 17 Juin 1932) ทำให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้การกระทำฝ่ายเดียวแทน หรือจากสภาพของเรื่องที่ทำให้การใช้การกระทำในรูปแบบสัญญาไม่อาจทำได้หรือถูกจำกัดลง เช่นสัญญาจำกัดอำนาจฝ่ายปกครองหรือจำกัดอำนาจศาล[102] ซึ่งอาจทำได้ในบางกรณีเท่านั้น หรือ การกระทำในรูปแบบสัญญานั้นขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อย ซึ่งจะทำให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สัญญาที่มีข้อสัญญาขัดกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค[103] ทำให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองบังคับการแทน ขอบเขตของการเลือกใช้เครื่องมือของฝ่ายปกครองจึงขึ้นอยู่กับนิตินโยบายของรัฐว่ายอมรับให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการทำภารกิจของฝ่ายปกครองมากน้อยเพียงใด

ส่วนหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมต้องอนุโลมนำหลักการในกฎหมายเอกชนมาปรับใช้ กล่าวคือจะต้องเริ่มตั้งฐานคิดจากการเกิดขึ้นของ “ความสัมพันธ์ในเชิงสัญญา” ตามมาตรา 1101 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งได้ให้นิยามของสัญญาว่า “สัญญาเป็นความตกลงระหว่างบุคคล ซึ่งสมัครใจผูกพันที่จะให้ กระทำการ หรืองดเว้นการกระทำการบางอย่าง”[104] คำว่า “ความตกลง” (une convetion[105]) หมายถึง การแสดงความตกลง (un accord) ของคู่สัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างผลในทางกฎหมาย ซึ่งการแสดงความตกลง (un accord) สามารถแสดงได้ด้วยการแสดงเจตนา ดังนั้นสัญญาจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แม้ว่าข้อความคิดของเรื่องคำเสนอและคำสนองจะไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในประมวล

---

[101] อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีการใช้การกระทำในรูปแบบสัญญาเข้ามาในการทำภารกิจด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยมากขึ้นเรื่อยๆ เช่นการทำสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนเพื่อจัดการสร้างและบริหารทัณฑสถาน หรือ แม้แต่การรักษาความปลอดภัยโดยเอกชน โปรดดู Jacques Petit, “Nouvelle d’une antinomie : contrat et police”, Mél.Moraeu, Economica (2003), p. 345.

[102] โดยเฉพาะการทำสัญญาโดยมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยหลักระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะจำกัดห้ามการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง แต่สามารถกระทำได้ในฐานะข้อยกเว้น โปรดดูหัวข้อ3.5.2 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือก

[103] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *Sté des eaux du nord* (CE 11 Juillet 2001)

[104] Article 1101 « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »

[105] Convention นั้นมีความหมายกว้างกว่าสัญญา Robert-Joseph Pothier (1699-1752) ผู้วางรากฐานกฎหมายสัญญาซึ่งมีอิทธิพลต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในภายหลังที่ตนเสียชีวิตอย่างมาก ได้แบ่ง convention ออกเป็นสามชนิด คือ convention obligationnelle convention réelle และ convention libératoire ซึ่งเฉพาะแต่ convention obligationnelle เท่านั้นที่เป็นสัญญา

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ตาม แต่ก็ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายผ่านคำพิพากษา[106] จากลักษณะที่เป็นนิติกรรมของสัญญา สัญญาย่อมเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงเมื่อมีคำเสนอ (pollicitation หรือ offre) และคำสนอง (acceptation) ต้องตรงกัน ทำให้ท้ายที่สุดแล้ว การพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาจะต้องพิจารณาตามหลักการเกี่ยวกับเรื่องการแสดงเจตนา (consentement) เพื่อก่อให้เกิดนิติกรรม (acte juridique) จนกระทั่งมีลักษณะเป็นสัญญา (contrat) อย่างเป็นลำดับ ซึ่งจะต้องมีความสมบูรณ์อย่างไม่ขาดสายจึงจะเป็นสัญญาที่มีผลในทางกฎหมายสมบูรณ์

สัญญาของฝ่ายปกครองทุกชนิดจึงเกิดมาจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของฝ่ายปกครองกับเอกชน หากปราศจากการแสดงเจตนาโดยเสรีจากเอกชนคู่สัญญาย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่ามีการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง แต่เป็นการกระทำโดยฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามด้วยความที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนอยู่กับภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะและการเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขในการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนั้นจึงแตกต่างกับการแสดงเจตนาของเอกชน มากไปกว่านั้นเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาและการกำหนดเนื้อหาสัญญาของฝ่ายปกครองย่อมถูกจำกัดลงไปด้วย จนอาจกล่าวได้ว่าในสัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองไม่อาจมีเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายเดียวกับเอกชน

3.2.2. ข้อจำกัดเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา

ข้อจำกัดเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง นั้นอาจแบ่งออกเป็น ข้อจำกัดเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครอง (compétence) ข้อจำกัดในเรื่องวิธีการเลือกคู่สัญญาและข้อตกลงในสัญญา (le choix du contractant de l'administration) ดังนี้

3.2.2.1 ข้อจำกัดเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครอง (compétence)

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การพิจารณาอำนาจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญานั้นอาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์สองประการคือ (1) ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการทำสัญญานั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลที่มีอำนาจในการทำสัญญาตามขอบเขตหน้าที่ของตน ซึ่งเป็นเกณฑ์ในเรื่องกรอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชน และ (2) ผู้ที่กระทำแทนนิติบุคคลมหาชนในฐานะผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาในนามของนิติบุคคลมหาชนนั้น ซึ่งเป็นเกณฑ์ในเรื่องตัวเจ้าหน้าที่ ดังนี้

(1) เกณฑ์ในเรื่องกรอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชน (la personne publique) นิติบุคคลมหาชนทุกประเภทมีหน้าที่หรือความสามารถในการปฏิบัติภารกิจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งในกรณีของวิสาหกิจมหาชนนั้น กฎหมายจะกำหนดหน้าที่ไว้ให้มีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะที่

---

[106] Raymond Youngs, English, French and German Comparative law, 3rd Edition, (New York : Routledge, 2014) p.548.

Ref. code: 25595601032187GRS

วิสาหกิจมหาชนนั้นรับผิดชอบ ส่วนกรณีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น[107] จะมีอำนาจเหนือท้องที่และมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของประชาชนในพื้นที่ของตน แต่ไม่รวมถึงภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชนอื่น ดังนั้นจึงอาจเกิดปัญหาการทับซ้อนของอำนาจท้องถิ่นกับวิสาหกิจมหาชน ว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการทำสัญญา ในเรื่องนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสมีความเห็นแตกต่างกันไปยังไม่มีที่ยุติชัดเจน บางกรณีก็ตัดสินว่าอำนาจในการทำสัญญาเป็นของวิสาหกิจ เช่น กรณีการทำสัญญาซ่อมแซมเครื่องทำความร้อนของโรงเรียน[108] ทำให้เกิดปัญหาว่าหน่วยงานใดจะเป็นผู้มีอำนาจทำสัญญาระหว่างโรงเรียนกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งศาลชั้นต้นเมือง Bordeaux ได้ตัดสินในคดี *Agulia* (10 Mai 1988) ว่าเป็นอำนาจของโรงเรียน ส่วนศาลในเมือง Nantes ตัดสินเรื่องคล้ายๆกัน ในคดี Préfet de région des Pays de Loire (22 Juin 1989) ไปในทางตรงกันข้ามว่าท้องถิ่นมีอำนาจในการทำสัญญาด้านก่อสร้างและซื้อวัสดุอุปกรณ์เพราะเป็นเจ้าของพื้นที่

อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย อาจเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองรายเดียวหรือเป็นอำนาจร่วมกันของฝ่ายปกครองหลายหน่วยงานก็ได้ กรณีอำนาจของฝ่ายปกครองรายเดียว ต้องมีการลงนามตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดและจะต้องมีการลงนามโดยถูกต้องด้วย สัญญาที่ลงนามโดยข้ารัฐการที่รับมอบอำนาจมาโดยไม่ถูกต้องนั้นทำให้เกิดความบกพร่องรุนแรงจนทำให้สัญญาเป็นโมฆะได้[109]

กรณีที่อำนาจในการทำสัญญาทางปกครองเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองหลายรายกล่าวคือมีกฎหมายกำหนดว่าการทำสัญญาต้องได้รับความยินยอมจากนิติบุคคลมหาชนหลายแห่ง เช่น กฎหมายกำหนดให้มีการปรึกษาหารือกับหน่วยงานอื่นก่อนทำสัญญา หรือต้องผ่านความเห็นชอบจากองค์กรอื่น เช่น ในท้องถิ่นก่อนฝ่ายบริหารลงนามในสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายสภาก่อน หากมีการฝ่าฝืนย่อมถือว่าเป็นการลงนามในสัญญาโดยปราศจากอำนาจ (incompétance) มีผลร้ายแรงจนทำให้สัญญาเป็นโมฆะเช่นกัน ซึ่งเป็นหลักที่วางไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *S.C.I Paule* (16 Decembre 1988) อย่างไรก็ตามหลักนี้มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายสภาท้องถิ่นโอนอำนาจตัดสินใจในการลงนามสัญญาบางเรื่องให้ฝ่าย

---

[107] ท้องถิ่นของฝรั่งเศสจึงมีความสามารถในการทำสัญญา ถึงขนาดที่ทำกับกับท้องถิ่นของรัฐต่างชาติที่อยู่ใกล้กันได้ ตามกฎหมายภายใต้การควบคุมของรัฐ (เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1992) โดยไม่ถือว่าเป็นการทำสนธิสัญญา (คดี ED CE 25 Oct 1994) และสามารถทำสัญญาหลายฝ่ายหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างท้องถิ่นได้ (มาตรา 5111-1 ประมวลกฎหมายท้องถิ่น Code général des collectives locales)

[108] โรงเรียนมีสถานะเป็นวิสาหกิจมหาชนของท้องถิ่น (ภาคและจังหวัด) ในฝรั่งเศสตามกฎหมายกระจายอำนาจ รัฐบัญญัติลงวันที่ 22 กรกฎาคม 1983

[109] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Compagnie générale des pétroles* (CE 22 Mai 1963)

Ref. code: 25595601032187GRS

บริหารท้องถิ่นได้เลย เช่น สัญญาเช่าทรัพย์สินที่ไม่ถึง 12 ปี ตามมาตรา 2122-22-4 ของประมวลกฎหมายท้องถิ่น)

(2) เกณฑ์เรื่องตัวเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญา เจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญาจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาในนามของนิติบุคคลมหาชนนั้น เช่น ถ้าเป็นสัญญาที่ทำในนามของรัฐ (État) ผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาก็จะเป็นรัฐมนตรี สำหรับกรณีสัญญาที่ทำขึ้นโดยจังหวัด (département) อำนาจในการลงนามเป็นของนายกสภาจังหวัด (president du conseil général) ในกรณีของเทศบาล (Commune) ย่อมเป็นอำนาจของนายกเทศมนตรี (ภายหลังจากที่ได้รับความยินยอมจากสภาเทศบาลแล้ว) เป็นต้น

นอกจากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญาอาจไม่มีอำนาจตามกฎหมายได้หากปรากฏว่าผู้ลงนามมีผลประโยชน์ทับซ้อน หรือมีส่วนได้เสียในสัญญา (intéressé à l'affaire หรือ prise illégale d'intérêt)[110] ตัวอย่างเช่น กรณีที่นายกเทศมนตรีทำสัญญาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาจัดส่งน้ำกับบริษัทที่ภรรยาของตนถือหุ้นใหญ่[111] หรือกรณีที่ผู้ช่วยนายกเทศมนตรีทำสัญญาขายที่ดินของตน แม้มีการให้ความยินยอมโดยสภาเทศบาล การให้ความยินยอมนั้นย่อมต้องถูกเพิกถอนในฐานะนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[112]

3.2.2.2 ข้อจำกัดในเรื่องวิธีการเลือกคู่สัญญาและข้อตกลงในสัญญา (le choix du contractant de l'administration)

โดยหลักสัญญาทางปกครองไม่มีแบบ จึงอาจทำด้วยวาจา (verbale) ได้ และอาจทำขึ้นโดยปริยายได้[113] เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบเป็นพิเศษ แต่อาจมีกฎหมายกำหนดวิธีการเข้าทำสัญญาและวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาเป็นพิเศษก็ได้ ซึ่งการกำหนดวิธีการเข้าทำสัญญาและไม่ใช่ข้อความคิดเดียวกับเรื่อง "แบบ"ของสัญญา

ตัวอย่างเช่นใน มาตรา 11 ประมวลกฎหมายพัสดุ[114] (Code des marché publics) กำหนดให้ สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุที่มีมูลค่าสูงกว่า 15,000 ยูโร จะต้องทำตามกระบวนการหาคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นทางการ (les procedures de passation formalisées) ซึ่งบังคับไปโดยปริยายว่าสัญญาประเภทนี้ไม่อาจทำด้วยวาจาได้ นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดขั้นตอนรายละเอียด

---

[110] ถือเป็นความผิดตามมาตรา 432-12 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

[111] Cass.crim 2 novembre 1961

[112] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Commune de La Crau (CE 7 Avril 1999)

[113] CE 4 Avril 1952 คดี *Sté navale des pétroles*

[114] ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายพัสดุ เกิดจากการรวบรวมเอากฎ (réglementaire) ภายในฝ่ายปกครองมารวบรวมให้เป็นประมวลกฎหมาย ดังนั้นสถานะของประมวลกฎหมายพัสดุจึงมิได้เท่าเทียมกับประมวลกฎหมายอื่นๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งหรืออาญา อ้างใน Colin C. Turpin, "Public Contracts", International Encyclopedia of Comparative Law Volumes 7 "Contract in General", (Hague : Martinus Nijhoff ,1982) p.10.

Ref. code: 25595601032187GRS

การเข้าทำสัญญา และบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำสัญญาเป็น หนังสือและแนบบันทึกทางปกครองต่อท้ายสัญญา (Cahier des charges) ในฐานะข้อสัญญามาตรฐานอีกด้วย เท่ากับว่าฝ่ายปกครองถูกจำกัดดุลยพินิจในการกำหนดข้อสัญญาไปด้วยโดยปริยาย

นอกจากนั้น ด้วยอิทธิพลของกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มุ่งสร้างความโปร่งใส (tranparence) และการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม (mise en concurrence) ในตลาดสัญญาภาครัฐ การทำสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุหรือสัญญามอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงต้องปรับตามกฎหมายของสหภาพยุโรปด้วย รัฐฝรั่งเศสมีพันธกรณีในการรับรองหลักเสรีภาพในการเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง (liberté d'accès à la commande publique) หลักความเสมอภาคระหว่างผู้สมัครเข้าแข่งขันในการเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง (l'égalité de traitement des candidats) และหลักความโปร่งใสของกระบวนการ (la transparence des procédures) ซึ่งเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ[115] ปัจจุบันหลักการทั้งสามได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 1 ของประมวลกฎหมายพัสดุ

สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (contrat des Marché Publics) กระบวนการเลือกคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามมาตรา 26 ของประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งกำหนดวิธีการการคัดเลือกคู่สัญญาไว้สองวิธีหลัก คือ (1) การเสนอราคา (l'appel d'offres) ทั้งแบบเปิด (ouverts) และแบบจำกัด (restrients) (2) การต่อรองเจรจา (la procedure négociée) (3) การเจรจาแข่งขัน (la dialogue compétitif) และ (4) วิธีการอื่นๆ[116] ซึ่งมีรายละเอียดเหมือนกฎเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญาของสหภาพยุโรปทุกประการ จึงไม่ขอกล่าวซ้ำอีก

ส่วนสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (contrat de délégation de service public) กระบวนการเลือกคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในรัฐบัญญัติ *Sapin* (loi n°93-122 ลงวันที่ 29 มกราคม 1993) และกฎหมายเฉพาะอื่นๆ เช่น ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการโฆษณาประกาศการทำสัญญา (publicité)[117] การแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีเป็นธรรม (mise en concurrence) และ ความเท่าเทียม (égalité) ระหว่างผู้เสนอราคา (candidates) ในสัญญา

---

[115] CC 26 juin 2003 n° 2003-473

[116] ซึ่งได้แก่ การจัดหาในกรณีมูลค่าของสัญญาต่ำ les procédures adaptées (MAPA), การจ้างออกแบบและก่อสร้าง (la procédure de conception-réalisation) , การจ้างที่ปรึกษา (les procédures du concours), การจัดซื้อพลวัตร (le systèm d'acquisition dynamique), การจัดหากรณีเร่งด่วน les procédures d'urgence

[117] ฝ่ายปกครองจะต้องประกาศโฆษณาว่าจะมีการทำสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด โดยระบุลักษณะพื้นฐานของสัญญาที่ต้องการจะทำในเรื่อง วัตถุประสงค์ ระยะเวลาของสัญญา ไปยังกลุ่มผู้ประกอบการในวงกว้าง และต้องมีการจัดทำแผนการใช้งบประมาณและแผนการทำสัญญาของหน่วยงาน ประกาศโฆษณาลงในหนังสือ Bulletin officiel des announces de marchés publics และกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป

Ref. code: 25595601032187GRS

ดังกล่าว[118] ไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทาน (Consession) สัญญามอบหมายให้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ (affermage) การจ้างเอกชนเป็นผู้บริหารกิจการสาธารณะแทนรัฐ (régie interessée) การบริหารงานแทน (gérance) หรือ สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ ซึ่งในกรณีที่คู่สัญญาเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา L.1411-1 ของประมวลกฎหมายท้องถิ่น (CGCT) แทน หลักการนี้ขยายไปยังการทำสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (contra de partenariat) เช่นกัน ในการทำสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนที่มีมูลค่าตามที่กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนด[119]

ส่วนสัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษให้รัฐต้องเคารพการแข่งขันทางการค้าหรือการประกาศโฆษณาแต่อย่างใด หลักการนี้ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Ville de Paris,Ass. Stade Jean Bouin* (CE 3 décembre 2010)

3.3 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการตามสัญญาและความรับผิดของคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครอง (L'exécution des contrat d'administratif)

หลังจากการเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครอง *ชีวิตของสัญญา* (la vie du contrat) ก็จะเกิดขึ้น หลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาย่อมเป็นไปในทำนองเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะเรื่องการชำระหนี้ตามสัญญา ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับให้ฐานะของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นเหนือกว่าฝ่ายเอกชนอย่างเห็นได้ชัด จากอิทธิพลของทฤษฎีอำนาจมหาชนและทฤษฎีบริการสาธารณะ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงยอมรับ *เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง* (prérogative de la puissance

---

[118] คณะกรรมการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (commission de délégation de service public) จะเป็นผู้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในเรื่องประสบการณ์และฐานะทางการเงินของผู้ประกอบการ จากนั้นจึงทำบัญชีรายชื่อผู้เสนอสิทธิราคาเพื่อให้เข้ามาเสนอราคา และเปิดโอกาสให้มีการเจรจากันได้ เพื่อให้รัฐสามารถเลือกคู่สัญญาที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำใน EU Directive 2014/23/EU ในทุกขั้นตอนรัฐจะต้องก่อให้เกิดความเท่าเทียมให้กับผู้เสนอราคา เช่นการจัดทำบัญชีรายชื่อต้องใช้มาตรฐานกลางเดียวกัน การส่งเอกสารหรือให้ข้อมูลประกอบการเจรจากับผู้ประกอบการเป็นต้น

[119] การคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนนั้นจะใช้วิธี การเจรจาแข่งขัน (le dialogue compératif) ตามมาตรา 36 ของประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งเป็นเป็นการจัดซื้อจัดจ้างซับซ้อน (marché complexe)

Ref. code: 25595601032187GRS

publique) ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวแทรกแซงการปฏิบัติตามสัญญาภายใต้หลักความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะ[120]

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาถึง หลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีทั้งหลักเกณฑ์ซึ่งนำมาจากกฎหมายเอกชน และ หลักเกณฑ์ซึ่งมีลักษณะพิเศษจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ดังนี้

3.3.1. หลักกฎหมายซึ่งอนุโลมจากกฎหมายเอกชน

ไม่ว่าจะเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชน ในเรื่องนิติกรรมสัญญา และกฎหมายลักษณะหนี้ แต่อาจมีรายละเอียดแตกต่างไปบ้างเมื่อปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ไปจนถึงขนาดไม่อาจปรับใช้หลักกฎหมายเอกชนในบางเรื่องได้เลย ในกรณีที่สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ดังนี้

3.3.1.1 หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของการชำระหนี้ (*intuitu personae*) กล่าวคือการปฏิบัติตามสัญญาเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล (execution personelle) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนของการเกิดขึ้นของสัญญาของฝ่ายปกครองว่าความบกพร่องในเรื่องคู่สัญญาอาจก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงถึงขั้นทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองเป็นโมฆะได้ และความเคร่งครัดในการปรับใช้กฎหมายที่จำกัดดุลยพินิจในการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง โดยหลักแล้วตัวคู่สัญญาและคุณสมบัติของคู่สัญญาจึงเป็นสาระสำคัญมาตั้งแต่ขั้นตอนการทำสัญญาและสืบเนื่องจนถึงขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งจะเคร่งครัดกว่าสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนปกติระหว่างเอกชนด้วยกันเอง อย่างไรก็ตามหลักการนี้อาจมีข้อยกเว้นได้ในสองกรณี คือ

(1) การทำสัญญารับช่วง (les sous-contrats) กล่าวคือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำสัญญากับเอกชนรายอื่นเพื่อปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาหลักที่ตนมีอยู่กับฝ่ายปกครอง โดยให้ร่วมแบ่งเบาภาระหรือแบ่งหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้หลุดพ้นจากความรับผิดและหน้าที่ตามสัญญาแต่อย่างใด สัญญารับช่วงเกิดขึ้นได้ในกรณีที่สัญญามีลักษณะซับซ้อนหรือเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่ได้ใช้คุณสมบัติพิเศษของคู่สัญญา เช่น การทำ

---

[120] Lionel Neville Brown and John Francis Garner, French administrative law, 3rd Edn., Butterworths,1983) p.126 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2 น. 95 ในเรื่องการบังคับและปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักพิเศษอันเกิดจากแนวคิด “ความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะ” ดังนั้น เมื่อประโยชน์สาธารณะจะขัดกับข้อความชัดแจ้งของสัญญาซึ่งมีที่มาจากเจตนาของคู่กรณี อันเป็นการปะทะกันระหว่างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนากับหลักประโยชน์สาธารณะ หลักประโยชน์สาธารณะจะต้องมาก่อนเสมอ แนวคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” จึงเป็นที่มาของการยอมรับให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์บางอย่างอยู่เหนือเอกชนด้วยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาช่วงในสัญญาให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในการขนส่งมวลชน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถจัดหาสินค้าและบริการซึ่งเป็นวัตถุของสัญญาจากผู้ประกอบการรายอื่น (la sous-tritance ; outsourcing)

(2) การโอนฐานะความเป็นคู่สัญญา (la cession des contrats) ซึ่งจะต้องพิจารณาตามกฎเกณฑ์ในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการแปลงหนี้ใหม่ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา อย่างไรก็ตามการโอนสัญญาของฝ่ายปกครองหรือการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงตัวลูกหนี้สามารถทำได้อย่างจำกัด แม้ว่าจะมีความยินยอมจากฝ่ายปกครองก็ตาม เนื่องจากขัดต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอันมีที่มาจากกฎระเบียบของสหภาพยุโรปในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ[121] หากการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญามีลักษณะเป็นการเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีเป็นธรรม

3.3.1.2 หลักการผูกพันตามสัญญา (la respect des engagements) โดยหลักคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุดลง[122] เว้นแต่จะเกิดเหตุสุดวิสัย (force majeure)[123] ที่ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย ซึ่งนำมาสู่การเลิกสัญญาโดยผลทางกฎหมายในที่สุดตามหลักกฎหมายแพ่ง หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมสามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายที่ผิดสัญญา ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ตามหลักทั่วไปของสัญญา[124] อย่างไรก็ตามเมื่ออนุโลมนำหลักนี้มาใช้กับ*สัญญาทางปกครอง* ย่อมมีประเด็นที่ต้องคำนึงถึงดังนี้

---

[121] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Avis* (CE 8 Juin 2000) และคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปคดี *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh* (CJCE 19 Juin 2008)

[122] การสิ้นสุดลงของสัญญา (la fin du contrat) ย่อมเป็นไปตามหลักตามกฎหมายเอกชน กล่าวคือ เมื่อมีการเลิกสัญญา (la résiliation) หรือ สัญญาถึงกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด (l'expiration) อย่างไรก็ตามมีกฎเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะเรื่องการเลิกสัญญาโดยอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และ เรื่องระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองซึ่งมักจะมีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษ

[123] ตัวอย่างของการปรับเรื่องเหตุสุดวิสัยในกรณีของสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดเคยวางหลักในคดี *Compagnie des Messagieries Maritimes* (CE 29/1/1909) ว่าการนัดหยุดงานของคนขับเรือซึ่งทำให้บริษัทขนส่งของไม่อาจส่งมอบของที่เป็นวัตถุของสัญญาทางปกครองถือได้เป็นเหตุสุดวิสัยก็จริง แต่ถ้ารัฐเสนอให้ทหารเรือมาขับเรือแทนแล้วบริษัทไม่ยอมรับข้อเสนอดังกล่าว ถือว่าบริษัทขนส่งไม่ยอมปัดป้องเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ จึงไม่เป็นเหตุสุดวิสัย ถือว่าบริษัทผิดสัญญาทางปกครอง เช่นนี้ เหตุสุดวิสัยจึงต้องไม่ได้เกิดขึ้นโดยเจตนาของคู่สัญญา และต้องไม่อาจคาดหมายและปัดป้องเหตุอันไม่อาจคาดหมายนั้นได้

[124] บุปผา อัครพิมาน, "ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส", <u>รวมบทความวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ</u>, กรุงเทพ : สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 192

Ref. code: 25595601032187GRS

ประการที่หนึ่ง การประกันหลักความเป็นธรรมในความสัมพันธ์เชิงสัญญา (la loyauté contractuelle)[125] กล่าวคือในสัญญาของฝ่ายปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาจะต้องคำนึงถึงหลักสุจริต (bonne foi) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจและความมั่นคงของนิติฐานะ (Principe de confiance légitime) ซึ่งหลักความเป็นธรรมในความสัมพันธ์เชิงสัญญา แม้จะมีมานานแต่เพิ่งได้รับการยืนยันการปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง ในคำพิพากษาสูงสุดคดี *commune de Béziers* หรือรู้จักกันในชื่อ Béziers 1 (CE 28 décembre 2009)

ประการที่สอง การยกเว้นหลักการต่างตอบแทนในสัญญาทางปกครอง (exception non adimpleti contractus) โดยปกติแล้วตาม “หลักสัญญาต่างตอบแทน” ในระบบกฎหมายเอกชน ได้ให้สิทธิคู่สัญญาในการไม่ชำระหนี้ตอบแทน หากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา แต่หลักดังกล่าวนี้กลับไม่นำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง เนื่องจากในสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องคำนึงถึง “ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ” นั่นเอง เอกชนคู่สัญญาจึงไม่สามารถหยุดการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ชำระหนี้ก็ตาม เอกชนจะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่อาจร้องขอต่อศาลปกครองให้ศาลปกครองกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวได้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหาย และอาจร้องขอต่อศาลให้เลิกสัญญาได้ แต่ไม่อาจเลิกสัญญาได้เองและไม่อาจหยุดการปฏิบัติตามสัญญาได้ทันที

ในเรื่องความรับผิดของคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครองเนื่องมาจากการผูกพันตามสัญญาย่อมเป็นไปในทำนองเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งประกอบด้วย ความรับผิดตามสัญญา (responsabilté contractuelle) และความรับผิดหลังจากสัญญา (responsabilté post-contractuelle)[126]

ความรับผิดตามสัญญา (responsabilté contractuelle) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความผิด (faute) ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าเสียหาย (dommage) เช่น การผิดสัญญา การผิดนัดชำระหนี้ ไม่ชำระหนี้[127] การสั่งให้แก้ไขสัญญาโดยไม่ถูกต้อง การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่

---

[125] Ana Beduschi-Ortiz, " La notion de loyauté en droit administratif”, in AJDA, Ed.Dalloz, 2010, pp.944-951.

[126] นอกจากนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมี ความรับผิดก่อนสัญญา (responsabilté pre-contractuel) ตามหลัก *Culpa in Contrahendo* ซึ่งเป็นกรณีที่สัญญาหลักยังไม่เกิด โดยความรับผิดนั้นเกิดจากการเลิกเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันควร การหลอกให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้ามาทำสัญญาโดยไม่มีเจตนาจริง ถือว่าฝ่าฝืนหลักสุจริต (bonne fai) โปรดดู จำปี โสตถิพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา (กรุงเทพ : วิญญูชน 2548) น.91-103.

[127] โดยปกติผลประโยชน์ตอบแทนที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจ่ายให้เอกชนเพื่อชำระหนี้ จะมีสองประเภทคือ *หนึ่ง* เงินค่าตอบแทนที่กำหนดระยะเวลาการจ่ายไว้ในสัญญา (Prix ; การชำระราคา) และ *สอง* เงินที่เป็นค่าตอบแทนในลักษณะที่เอกชนแสวงหาประโยชน์จากกิจการที่ได้รับอนุญาต เรียกว่า อัตราค่าบริการ (tarif) หรือ ค่าบริการ (redevance) ซึ่งการชำระราคา (Prix) อาจมี

Ref. code: 25595601032187GRS

ถูกต้อง หรืออาจเป็นความรับผิดที่ไม่มีความผิด (san faute) ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทน (indemnité) ซึ่งได้แก่ กรณีที่เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้หรือการปรับใช้ทฤษฎี faire du prince ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

ส่วนความรับผิดหลังสัญญา (responsabilté post-contractuelle) เป็นกรณีที่คู่สัญญายังมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาบางประการกันต่อภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดลงในระยะเวลาหนึ่ง (clause de scurvy; survival clause) เช่น ในเรื่องการรักษาความลับทางการค้าหรือของราชการ หรือเรื่องของการประกันผลงาน (garantie) หรือ ประกันความรับผิดในการก่อสร้างหรือการประกันความชำรุดบกพร่องของพัสดุ ซึ่งกรณีนี้ต้องปรับใช้มาตรา 1792 และ มาตรา 2270 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาใช้บังคับ[128] กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นความรับผิดที่ไม่ได้มาจากตัวสัญญาโดยตรงเพราะเป็นความรับผิดที่เกิดจากกฎหมายกำหนด

3.3.2 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง: เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นในส่วนของการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับ *ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิและหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน* (les clauses exorbitantes du droit commun) ซึ่งเป็นเกณฑ์ในการจำแนกลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองนั้นแสดงออกชัดเจนถึงความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ที่จำเป็นให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์อยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางอย่างนั้น ก็เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งต้องอาศัยอำนาจมหาชนอยู่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า เมื่อทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองไม่ได้สูญเสีย

ทั้งแบบที่กำหนดราคาตายตัว (Prix Ferme) ซึ่งอาจเป็นการกำหนดราคาตายตัวแบบที่เป็นสัญญาปรับราคาได้ (เช่นค่า K) หรือกำหนดราคาเบื้องต้นแล้วกำหนดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงราคาภายหลังได้ (Prix révisable) และ แบบที่กำหนดราคาไม่ตายตัว (Prix ajustable) แต่คำนวณจากราคาอ้างอิง เช่น ราคาตลาด ในกรณีที่สินค้ามีการผันผวนของราคามาก ส่วน tariff หรือ redevance จะเป็นการให้สิทธิเอกชนผู้ลงทุนสามารถเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการได้เอง ซึ่งจะต้องทำตามกระบวนการตามกฎหมายพิเศษในเรื่องนั้นๆ ซึ่งจะมีวิธีการคิดอัตราค่าบริการที่ต่างกัน เอกชนจะต้องเก็บค่าบริการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา นอกจากนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังอาจแสวงหาประโยชน์จากสัญญาในรูปแบบอื่นอีก เช่น การได้รับอนุญาตให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของรัฐหรือโครงการที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา การเก็บรายได้จากการโฆษณาจากการตั้งป้ายโฆษณาบนทางด่วน ค่าโฆษณาสินค้าจากกิจการโทรทัศน์ที่ได้รับสัมปทาน รายได้จากร้านค้าต่างๆที่เช่าพื้นที่ในโครงการก่อสร้างและบริหารดูแลสนามบิน ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นกิจการเสริมจากวัตถุแห่งสัญญาซึ่งสามารถนำมาตกลงในสัญญาหลักได้ ซึ่งหากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นการไม่ชำระหนี้และผิดสัญญา โปรดดู บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 124 น. 182.

[128] Philippe Yolka, *supra note* 4, p.100.

Ref. code: 25595601032187GRS

ไปซึ่งอำนาจมหาชนที่มีอยู่[129] เอกสิทธิ์นี้เองจึงเป็นทั้งเกณฑ์ในการจำแนกความเป็นสัญญาทางปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็นลักษณะพิเศษในเรื่องการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองด้วย ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (les pourvoirs de l'administration) ซึ่งมีลักษณะพิเศษ (pouvoir exorbitant) หรือเป็นเอกสิทธิ์ในขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญา ดังนี้

3.3.2.1 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกำกับสัญญา (le pilotage administratif du contrat) ประกอบด้วยอำนาจในการควบคุม (Contrôler) และอำนาจการลงโทษ (Sanctionner) ดังนี้

(1) อำนาจในการควบคุมคู่สัญญาเอกชน (Contrôler) ปรากฏในลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิในการกำกับดูแลและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด[130] เช่น สามารถตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนว่ามีการเข้าปฏิบัติงานจริงหรือไม่ หรือมีการปฏิบัติตามสัญญาถูกต้องเพียงใด ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจในการเรียกบุคคลหรือเอกสารมาตรวจสอบตรวจดูความก้าวหน้าของการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งหากพบความบกพร่องหรือความล่าช้าฝ่ายปกครองก็สามารถออกคำสั่ง (injonction) ให้เอกชนดำเนินการได้ หรืออาจสั่งให้ยุติการปฏิบัติตามสัญญาชั่วคราวในกรณีที่เห็นสมควร[131]

การควบคุมจึงเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างหนึ่ง ซึ่งมีสองลักษณะ คือ *หนึ่ง* การควบคุมตรวจตรา (Contrôle de surveillance) การปฏิบัติตามสัญญา และ *สอง* การเข้าไปกำหนดทิศทางของการปฏิบัติตามสัญญา (direction de l'execution contractuelle) [132] ซึ่งปรากฏในสัญญาจ้างก่อสร้างโยธาสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองเป็นเจ้าของงานและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งจะมีระดับการควบคุมที่เข้มข้นกว่าเนื่องจากเหตุผลเรื่องหลักบริการสาธารณะและประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

อำนาจในการควบคุมของฝ่ายปกครองมีที่มาทั้งจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น มาตรา 114 ประมวลกฎหมายพัสดุที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเข้าไปควบคุมถึงเงื่อนไขการทำงานที่เป็น

---

[129] คดี Dlle Soulier 5 Octobre 1954 อ้างใน บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 124 น. 160.

[130] ลักษณะเช่นนี้ปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนบางชนิด เช่น สัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งนายจ้างมีสิทธิกำกับดูแลลูกจ้างอย่างใกล้ชิดและสามารถสั่งการลูกจ้างได้ในระดับหนึ่ง ดังนั้นมันจึงมีประเด็นทำนองเดียวกับสัญญาจ้างแรงงานในระบบกฎหมายเอกชน คือเมื่อเกิดการละเมิดบุคคลภายนอกอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือเกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาเอง ฝ่ายปกครองจะต้องแบ่งส่วนความรับผิดด้วยเพราะถือว่าฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจในการกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดแล้ว

[131] เป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ในคดี *Fonreca (*CE 8 Janvier1965) อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 21

[132] บุปผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 124, น. 163.

Ref. code: 25595601032187GRS

ธรรมที่ใช้กับลูกจ้างของคู่สัญญา หรือมาจากตัวสัญญาเองที่มีลักษณะของ Clause exorbitante หรือข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นแบบมาตรฐานตามเอกสารแนบท้ายสัญญา (Cahier des charges) ซึ่งกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และยังมีที่มาจาก *หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง* แม้จะไม่มีการกำหนดไว้ในที่ใดก็ตาม[133]

ทั้งนี้ในสัญญาบางประเภทอาจไม่ปรากฏการใช้อำนาจควบคุมของฝ่ายปกครอง หรือหากมีก็เป็นอำนาจควบคุมที่มีความเข้มข้นน้อยมาก ยกตัวอย่างเช่น กรณีของสัญญาจัดซื้อพัสดุหรือจัดซื้อบริการซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าบริการเท่านั้น ไม่มีความจำเป็นในการควบคุมคู่สัญญาในการปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด เช่นนี้ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถออกคำสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาคือการส่งมอบทรัพย์ได้ เพราะถือเป็นการพรากกรรมสิทธิ์และสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน ส่วนในสัญญาจัดจ้างก็อาจปรากฏเอกสิทธิในการควบคุมของฝ่ายปกครองบ้างในระดับที่เข้มข้นขึ้น เช่นในกรณีการจัดจ้างที่ปรึกษา

(2) อำนาจการลงโทษคู่สัญญาเอกชน (Sanctionner) ในสัญญาทางปกครองนอกจากฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการบังคับการให้เอกชนทำตามสัญญาได้โดยไม่ต้องนำคดีมาสู่ศาล (*Privilège du préalable)* ตามหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ในคดี *Deplanque* (CE 31/5/1907) และสามารถลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่เคารพหน้าที่ตามสัญญาโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล อันเป็นลักษณะที่ไม่ปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะทำนองเดียวกับการใช้การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การใช้อำนาจลงโทษจะต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบกล่าวคือเงื่อนไขในการใช้อำนาจลงโทษ จะต้องมีการแจ้งเตือนคู่กรณีก่อน และจะต้องให้เวลาที่เหมาะสมให้ปฏิบัติตามสัญญา และเปิดโอกาสให้มีการชี้แจงเหตุผล และคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาคือต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน โดยต้องคำนึงถึงความร้ายแรง[134] แบ่งตามลำดับดังนี้

(i) การลงโทษเป็นตัวเงิน (Sanctions pécuniaires) ฝ่ายปกครองสามารถสั่งให้เอกชนชดใช้เงินได้แม้ข้อสัญญาไม่ได้กำหนดอำนาจในการออกคำสั่งไว้ ตามหลักในคำพิพากษาศาล

---

[133] F.P. Benoit, Le Droit administratif française, Dalloz, 1968 อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ห้า (กรุงเทพ : วิญญูชน 2556), น. 461. อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาที่ยอมรับอำนาจในการควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครองเฉพาะที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดอย่างชัดเจนหรือมีข้อสัญญาให้อำนาจฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ถึงขนาดยอมรับว่าเป็นอำนาจทั่วไปของฝ่ายปกครอง เช่นคดี Chemin de P.L.M. (CE 18 Julliet 1930) และ คดี Société Electricité et eaux de Madagascar (CE 4 Novembre 1958)

[134] ยงยุทธ อนุกูล, “หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ” รวมบทความวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพ: สำนักงานศาลปกครอง) น.120.

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครองสูงสุดคดี *Deplanque* (CE 31 Mai 1907) และสามารถสั่งให้ชดใช้เงินได้แม้จะยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งคำสั่งให้ใช้เงินนี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง[135]

(ii) การลงโทษด้วยการเข้ากระทำการ (Sanctions coercitives) ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำการแทนเอกชนเองเพื่อรักษาความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หรือ มอบงานให้คนอื่นทำ โดยสองกรณีหลังนี้เอกชนผู้ผิดสัญญาต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายที่ฝ่ายปกครองเสียไป ซึ่งมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ว่า ฝ่ายปกครองจะต้องเตือนให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ และเตือนก่อนว่าจะใช้อำนาจนี้เสมอ ซึ่งการใช้อำนาจนี้ไม่ได้มีผลเป็นการเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติ และมีผลเป็นการชั่วคราวเท่านั้น

(iii) การลงโทษด้วยการเลิกสัญญา (Sanctions résolutoires) ซึ่งเป็นการลงโทษที่ร้ายแรงที่สุด และเป็นวิธีการสุดท้าย เพราะคู่สัญญาย่อมประสงค์ให้สัญญาใช้ได้เพื่อประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองอาจเลิกสัญญา (résiliation) ได้โดยใช้สิทธิตามสัญญา ซึ่งไม่นับเป็นเอกสิทธิ์ แต่ถือเป็นการลงโทษคู่สัญญารูปแบบหนึ่งซึ่งเรียกว่าการเพิกถอนการเป็นคู่สัญญา (déchéance) โดยถือเป็นวิธีการสุดท้ายที่ใช้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาร้ายแรงถึงขนาด (une faute d'une particulière gravité[136]) เพราะไม่อาจใช้วิธีอื่นลงโทษคู่สัญญาเพื่อให้ยอมปฏิบัติตามสัญญาได้แล้ว แต่มีข้อยกเว้นในกรณีของสัญญาสัมปทาน ที่มีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องไปร้องขอต่อศาล (CE 12 Mars 1999 คดี SA Méribel) ด้วยเหตุผลที่สัญญาประเภทนี้ส่งผลกระทบกับเอกชนเป็นจำนวนเงินสูงเป็นพิเศษ[137]

3.3.2.2 การฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินในสัญญา (Le réablissement de l'équilibre financier du contract) เป็นการที่ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าทดแทน (indemnisation) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อรักษาดุลยภาพทางการเงินของสัญญาเอาไว้ โดยไม่ปล่อยให้เอกชนต้องล้มละลายจากการที่ต้องแบกรับภาระจากเหตุการณ์ต่างๆที่กระทบกับการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากสภาพเศรษฐกิจ จากการกระทำของฝ่ายปกครองเอง หรือจากปัจจัยทางเทคนิค

---

[135] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 126, น.163.

[136] อาจเกิดจากการตกลงในสัญญา ถือว่าข้อไหนถ้าฝ่าฝืนแล้วผิดร้ายแรง แต่ทั้งนี้ศาลจะควบคุมให้เกิดสภาพที่ผิดร้ายแรงถึงขนาดจริงๆถึงจะเลิกสัญญาได้ (CE 20 mai 1892 คดี *Tessier*) และจะพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมประกอบการผิดสัญญานั้นด้วยว่าเป็นเหตุควรเลิกสัญญาหรือไม่ เช่น การที่เอกชนหยุดจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายในช่วงสงครามหรือจากการกระทำของฝ่ายปกครองเอง (CE 6 Juliet 1955 คดี *Ville de Bastia*)

[137] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Cie départementale des eaux* (CE 20 Janvier 1905) อย่างไรก็ตามมีคดีที่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถเขียนในสัญญาไว้อย่างชัดแจ้งว่าจะใช้สิทธิเลิกสัญญาสัมปทานได้เองโดยไม่ต้องไปศาลได้ โปรดดู CE 26 Janvier 1923 คดี *Ville de Toulon* และ CE 22 Novembre 1967 คดี *Sté générale technique* อ้างใน บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 126, น.177 และ คดี *Syndicate intercom. de Peyresourde-Balestas* CE 21 Juin 1980 อ้างใน Philippe Yolka, *Supra Note 4*, p.104.

Ref. code: 25595601032187GRS

เนื่องมาจากรัฐต้องการรักษาความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั่นเอง ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการรักษาดุลยภาพทางการเงินในสัญญามีดังนี้

(1) ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ (théorie de l' imprévision)

ศาลปกครองได้สร้างหลักนี้จากคำพิพากษาในปี 1916 จากคดี *Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux* (CE 30 Mars 1916) ที่ราคาถ่านหินที่ใช้ผลิตไฟฟ้าเพิ่มขึ้นเนื่องจากสภาวะสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง จนกระทั่งดุลยภาพทางการเงินของคู่สัญญาทางปกครอง ระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนในสัญญาจำหน่ายกระแสไฟฟ้าเสียไป ศาลปกครองสูงสุดจึงวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ชดใช้ค่าทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อชดเชยดุลยภาพทางการเงินระหว่างคู่สัญญาที่เสียไปให้กลับคืนมา[138]

ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้นี้เป็นทฤษฎีที่ใกล้เคียงกับเหตุสุดวิสัยในสัญญาทางแพ่ง (*force majeure*) แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องของความเคร่งครัด กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งหากมีเหตุอันมิอาจคาดหมายเกิดขึ้น แต่ยังปรากฏว่ายังสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แม้การชำระหนี้จะยากเข็ญขนาดไหน คู่สัญญาก็ต้องกระทำตามสัญญาต่อไปแม้จะมีคู่สัญญาฝ่ายใดล้มละลายขาดทุนย่อยยับต้องปิดกิจการก็ตาม ส่วนในสัญญาทางปกครองมีการปรับใช้เรื่องบริการสาธารณะคู่สัญญาย่อมไม่มีความประสงค์ที่จะเลิกสัญญา เนื่องจากจะกระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และฝ่ายปกครองเองก็ไม่ประสงค์ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องล้มละลายอันจะกระทบกับบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับภาระเกินสมควรจากเหตุอันมิอาจคาดหมายนั้นจนถึงขนาดที่บริการสาธารณะจะต้องเสียไปหากไม่มีการช่วยเหลือจากฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ค่าทดแทนแก่เอกชนเพื่อรักษาดุลยภาพทางการเงินของสัญญาให้กลับมาคืนดีดังเดิม

การชดใช้ค่าทดแทนจะเป็นการทดแทนเป็นตัวเงิน ซึ่งหมายความเฉพาะการขาดทุนในส่วนที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (Prix-limite) ซึ่งมีอยู่แล้วปกติตั้งแต่ตอนที่ไม่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เท่านั้น และ จะชดใช้ค่าทดแทนการขาดทุนดังกล่าวให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุไปจนถึงวันที่เหตุสิ้นสุด เพื่อให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายอย่างต่อเนื่องต่อไป

เงื่อนไขการใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้คือ คู่สัญญาจะต้องไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุการณ์อันกระทบต่อการปฏิบัติการตามสัญญาอย่างรุนแรง[139]เกิดขึ้น และเหตุนั้น

---

[138] Rozen Nouellou, " France", Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract), ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant, 2010) p.692.

[139] เหตุที่กระทบต่อการปฏิบัติการตามสัญญาอย่างรุนแรง (bouleversement dans les conditions d' execution du contrat) จะต้องรุนแรงและยาวนานระยะหนึ่งกว่าที่คนทั่วไปจะคาดหมายได้ อย่างไรก็ตามแต่เหตุการณ์นั้นต้องเกิดขึ้นชั่วคราวไม่ใช่เป็นเหตุถาวร เนื่องจากหากเป็น

Ref. code: 25595601032187GRS

ต้องไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤตเศรษฐกิจ หรืออาจมาจากการกระทำของรัฐบาลในเชิงนโยบาย หรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่นการลดค่าเงินโดยธนาคารกลาง การห้ามขึ้นราคาสินค้าโดยการออกกฎหมาย โดยคู่สัญญาต้องไม่เจตนาให้เหตุนั้นเกิดขึ้น และไม่อาจปัดป้องขัดขวางไม่ให้เกิดเหตุดังกล่าวได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าการจ่ายค่าทดแทนเป็นการรักษาดุลยภาพทางการเงินจากเหตุการณ์ที่ไม่ปกติทางเศรษฐกิจ (l'aléa économique anormal) เป็นหลัก

(2) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince)[140]

เป็นทฤษฎีที่ปรับใช้เมื่อเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยฝ่ายปกครองผู้เป็นคู่สัญญา[141] เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นจากการใช้เอกสิทธิ์ของตนหรือกระทำการใดๆซึ่งชอบด้วยกฎหมาย แต่กลับทำให้การปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น (l'aléa administratif) เช่น การเลิกสัญญาหรือการแก้ไขสัญญาโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจออก กฎ หรือคำสั่งทางปกครองบังคับแก่เอกชนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น[142] เป็นต้น ทฤษฎีนี้จึงก่อให้เกิดความรับผิดโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครอง (respondsablité san faute)[143] ที่ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวน (indemnités intégrales) เท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน[144]

(3) ทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ (théorie des sujétions imprévues)

เป็นทฤษฎีซึ่งปรับใช้เฉพาะกับสัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างงานสาธารณะในกรณีที่เกิดภาระติดพันอันไม่อาจคาดหมายได้ในเชิงเทคนิค (l'aléa technique) ซึ่งก่อให้เกิดความยากลำบากขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา เช่นในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระค่าใช้จ่ายมากขึ้นนอกเหนือจากสัญญาอันเป็นภาระติดพัน จากการพบแนวหินแข็งที่ไม่อาจเห็นได้จากการสำรวจเบื้องต้นและไม่อาจตรวจพบในขณะที่ทำสัญญาก่อสร้างงานสาธารณะ เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนในค่าใช้จ่ายที่

เหตุถาวรจะไปเข้าเหตุยกเลิกสัญญาเนื่องจากการชำระหนี้ตกเป็นผลวิสัยแทน เพราะทฤษฎีนี้มุ่งหมายที่จะบำบัดผลร้ายจากเหตุร้ายแรงชั่วคราวให้หมดไปเพื่อให้บริการสาธารณะราบรื่น (ดูคดี *Compagnie des tramways de Cherborg* ที่เหตุชั่วคราวดังกล่าวกลายเป็นถาวรซึ่งเท่ากับว่าการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการพ้นวิสัยตามหลัก *force majeure* แทน CE 9 décembre 1932)

[140] แปลตรงตัวว่า "การกระทำของเจ้าชาย" โดยรากศัพท์มีที่มาจากระบอบเก่า ที่เปรียบรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจประดุจเจ้าชายที่สร้างความเสียหายให้กับคนอื่นโดยไม่มีความผิดนั่นเอง

[141] มีข้อสังเกตว่าทฤษฎีนี้ใช้เฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำ "ฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญา" เท่านั้น ไม่รวมการกระทำที่มาจากหน่วยงานอื่นซึ่งจะไปปรับเข้าทฤษฎี imprévision แทน

[142] ดังตัวอย่างในคดี *vile d' Ajacato* ที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาให้สัมปทานเหมืองแร่แก่เอกชน แต่พอถึงเวลาที่เอกชนเข้าไปสำรวจแร่ ฝ่ายปกครองกลับอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่นออกคำสั่งทางปกครองไม่ให้เข้าไปในเขตสัมปทาน (CE 28 Avril1948) อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 21, น.105.

[143] Philippe Yolka, *Supra note*. 4, p.108.

[144] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 21, น.104.

Ref. code: 25595601032187GRS

เพิ่มขึ้นจากการขจัดแนวหินดังกล่าว ตามคำวินิจฉัยในคดี *Depussé* (CE 22 décembre 1976) การชดใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้ จึงใกล้เคียงกับเรื่องการชดเชยค่าทดแทนในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญาให้คู่สัญญารับภาระเพิ่มขึ้น และ ความรับผิดนอกเหนือสัญญา (extra-contractual) เป็นอย่างยิ่ง ทำให้ทฤษฎีนี้ถูกกล่าวถึงในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดน้อยกว่าสองทฤษฎีแรกที่กล่าวมา[145]

3.3.2.3 การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครอง (l'adaption du cadre contractuel) สัญญาทางปกครองมีภารกิจหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหลักการหนึ่งอันเป็นหัวใจที่สำคัญก็คือหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ (mutablilité du contrat administratif) ดังนั้นเพื่อที่จะปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับสภาพการณ์อยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ซึ่งก็คือ การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาและเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งนับเป็นการทำลายหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญาลงเพื่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญกว่า อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้อย่างอำเภอใจ หากแต่มีกฎเกณฑ์พิเศษเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ดังนี้

(1) การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว (le pouvoir de modification unilatérale)

การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองซึ่งบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองทุกชนิด[146] แม้จะไม่มีการกำหนดไว้ในข้อสัญญาก็ตาม ฝ่ายปกครองจึงสามารถแก้ไขสัญญาเป็นการเพิ่มภาระ ลดภาระของคู่สัญญา เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่จะต้องตั้งอยู่บนฐานของหลักการเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะและประโยชน์ส่วนรวม (CE Commune de Mions 1964) ซึ่งเป็นหลักการที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้มาช้านาน[147]

---

[145] Philippe Yolka, *ibid.*, p.108.

[146] หลักการนี้ได้รับการยืนยันในคดี *Distilleris de Magnae-Laval* และคดี *Union des transports publics* (CE 2 Févier 1983)

[147] ดู คดี *Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-les-Rouen* (CE 10 Janvier 1902) ซึ่งเป็นกรณีที่เทศบาลฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชนผูกขาดการเติมไฟตามถนนด้วยก๊าซ ต่อมามีการใช้ไฟฟ้า ฝ่ายปกครองจึงไปทำสัญญากับบริษัทอื่นให้ความสว่างตามถนนด้วยไฟฟ้า เช่นนี้ไม่ถือว่าฝ่ายปกครองผิดสัญญาผูกขาดดังกล่าว เพราะฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิเลือกที่จะใช้ไฟฟ้าหรือก๊าซก็ได้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อฝ่ายปกครองไม่เลือกใช้ก๊าซแล้ว และฝ่ายปกครองเองก็ขอเจรจาเปลี่ยนแปลงสัญญากับเอกชนหลายครั้งแล้ว (คดี *Viette* CE 26 Mai 1930) เมื่อกำลังการผลิตไฟฟ้าของเอกชนไม่พอต่อความต้องการของประชาชนในเทศบาล ฝ่ายปกครองสามารถมอบหมายให้บุคคลผลิตไฟฟ้าเพิ่มเติมได้ ถ้าเคยร้องขอให้เอกชนเพิ่มกำลังการผลิตแล้ว แต่เอกชนไม่ยอมเพิ่มกำลังการผลิต เช่นนี้ฝ่ายปกครองไม่ผิดสัญญาผูกขาด และ คดี *Compagnie générale des eaux* (CE 12

Ref. code: 25595601032187GRS

อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวมีข้อพิจารณาสี่ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองจะต้องไม่เป็นการเข้าลักษณะการทำสัญญาขึ้นใหม่ กล่าวคือ การแก้ไขฝ่ายเดียวนั้นต้องไม่เกินขนาด (Exéder certaines limites) หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสาระสำคัญของสัญญา (substantielle) ตัวอย่างของการแก้ไขสัญญาที่เกินขนาด[148] ได้แก่ การแก้สัญญาให้เอกชนชำระหนี้ใหม่ที่ไม่ได้กำหนดในสัญญาและไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเดิมก่อนแก้ไขเลย (คดี *Corre* , CE 8 février 1889) การขอให้เพิ่มของที่ส่งมอบถึงสามเท่าตัวโดยไม่อาจแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (คดี *Olmer,* CE 15 Novembre 1902) หรือ แก้ไขสถานะของคู่สัญญา วัตถุแห่งสัญญา หรือ เนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาจนทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนไปอย่างชัดเจนก็นับเป็นการแก้ไขสัญญาที่เกินขนาดทั้งสิ้น นอกจากนั้น ฝ่ายปกครองยังอาจถูกจำกัดไม่ให้แก้ไขสัญญาบางประเภท เช่น การแก้ไขสัญญาสัมปทานให้เป็นสัญญารูปแบบอื่นไม่ได้ เพราะการเลิกสัญญาสัมปทานจะกระทำได้ด้วยการซื้อสัมปทานคืนเท่านั้น ซึ่งเป็นหลักที่วางไว้ในคดี *Compagnie de chemin de fer P.L.M* (CE 18 Juliette 1930)

การแก้ไขสัญญาที่เป็นการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญาก็ถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขได้โดยฝ่ายเดียว แต่อาจตกลงกับคู่สัญญาได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายอนุญาตในกรณีที่คุณสมบัติของคู่สัญญามีความสำคัญน้อยลงมา เช่น กรณีสัญญาจัดซื้อพัสดุต่างๆ อันเป็นเรื่องที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของการทำสัญญารับช่วง ซึ่งจะต้องระวังไม่ให้เป็นการขัดต่อกฎหมายชองสหภาพยุโรปโดยเฉพาะในเรื่องการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีและเป็นธรรม[149]

ประการที่สอง ข้อสัญญาเกี่ยวกับภาระด้านการเงิน (les clause financières du contrat) จะถูกแก้ไขด้วยการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไม่ได้ เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

Mai 1933) ซึ่งเป็นการพิพาทกันในสัญญาสัมปทานการจำหน่ายน้ำประปา เมื่อเอกชนไม่มีกำลังการผลิตเพียงพอเท่าความต้องการของประชาชนในเทศบาลเมือง หากฝ่ายปกครองร้องขอบริษัทเอกชนให้เพิ่มการผลิต แล้วเอกชนไม่ยอมเพิ่ม เช่นนี้ฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาจำหน่ายน้ำประปากับเอกชนรายอื่นได้ โดยไม่ผิดสัญญาผูกขาด จะเห็นได้ว่าสองคดีหลังนี่มีความแตกต่างกับคดีแรกเล็กน้อย คือคดีแรกที่เป็นการเปลี่ยนการใช้ก๊าซเป็นไฟฟ้า ศาลตัดสินว่าฝ่ายปกครองไม่ผิดสัญญาเพราะสัญญาผูกขาดแค่การให้ความสว่าง *โดยใช้ก๊าซ* ฝ่ายปกครองจึงทำสัญญากับเอกชนรายอื่นที่ให้ความสว่าง *โดยใช้ไฟฟ้า* ได้ แต่สองคดีหลังเป็นการอ้างเรื่องบริการสาธารณะมาทำลายข้อสัญญาผูกขาดเลย โดยถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการการของการใช้หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะกับสัญญาทางปกครอง

[148] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 126, น.172.

[149] ดูคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป คดี *Wall AG* (CJEU 13/3/2010) อ้างใน Philippe Yolka, *Supra note.*4 , p.109.

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยลดค่าตอบแทนเป็นตัวเงินลง ย่อมไม่สามารถทำได้[150] การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเกี่ยวกับภาระด้านการเงินจะเกิดขึ้นในกรณีที่มีการตกลงกัน หรือ เป็นกรณีที่จะต้องรักษาดุลยภาพทางการเงินในสัญญา (equilibre financier du contrat) เมื่อเกิดเหตุแทรกแซงต่างๆเท่านั้น

ประการที่สาม ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขสัญญาจนขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ กล่าวคือไม่อาจแก้ไขสัญญาอันเป็นการขัดต่อกฎหมายทั้งในระดับ รัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรอง[151] และกฎหมายของสหภาพยุโรป เนื่องจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่จะต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองเช่นกัน

ประการที่สี่ คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนตามทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (fait du prince) เมื่อฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาแล้วย่อมต้องชดใช้ค่าทดแทน (indemnité)[152] (CE 21 Mars 1910 Compagnie générale françaisev des tramways) ซึ่งหมายถึงค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (dannum emergens) รวมถึงค่าขาดรายได้ หรือกำไรที่คาดว่าเสียไป (lucrum cessans)[153] ตามหลักดุลยภาพทางการเงิน (éqation financière) ทั้งนี้ในการเรียกร้องค่าทดแทน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่พิสูจน์ว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

นอกจากนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวด้วยตนเอง จะไปร้องขอต่อศาลให้ใช้อำนาจไม่ได้ อันเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ในคดี Société concessionnaire du garage parking Saint-Honoré c. Ville de Paris (CE 3 mai 1974)

(2) การใช้อำนาจเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว (le pouvoir de résiliation unilatérale)

โดยปกติแล้วฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาได้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยอาศัยหลักกฎหมายสัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่นในกรณีที่เกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่าย

---

[150] ตามหลักที่วางไว้ใน คดี *Morelli* (CE 7 Août 1891) และ คดี *union des transports publics urbains et régionaux,préc* (CE 2 février 1983) ในสัญญามอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ และ คดี *Bernard* (CE 5 Mai 2010) ในสัญญาครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน อ้างใน Philippe Yolka*, ibid.*

[151] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 126, น.172.

[152] ซึ่ง*ค่าทดแทน* (indemnité) นี้ไม่ใช่*ค่าเสียหาย*จากการผิดสัญญา (domages-intérêts) เพราะยังไม่เกิดการผิดสัญญาทางปกครองขึ้น เอกชนเพียงมีภาระเพิ่มขึ้นจาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยอำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่ถือว่าฝ่ายปกครองผิดสัญญาแต่อย่างใด

[153] อย่างไรก็ตาม บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กล่าวว่าค่าทดแทนไม่รวมถึงค่าขาดรายได้ หรือกำไรที่คาดว่าเสียไป ใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 21 น.102.

Ref. code: 25595601032187GRS

เอกชน[154] คู่สัญญาตกลงกันเลิกสัญญากัน สัญญาเลิกกันโดยปริยาย หรือแม้แต่การเลิกสัญญาตามคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตามในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ด้วยลักษณะที่พิเศษของสัญญาทางปกครอง สภาแห่งรัฐได้ยอมรับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยอาศัยมูลเหตุมาจากประโยชน์สาธารณะ (motif d'intérêt général) ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง[155] ทุกประเภท ไม่ว่าจะมีการกำหนดอำนาจดังกล่าวของคู่สัญญาไว้ในข้อสัญญาหรือไม่ก็ตาม และคู่สัญญาไม่อาจทำสัญญาจำกัดอำนาจนี้ของฝ่ายปกครองในสัญญาได้[156]

การใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงถูกจำกัดอยู่ในตัวว่าจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่[157] และศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยอมรับอำนาจของศาลปกครองในการเพิกถอนคำสั่งเลิกสัญญาที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ตั้งแต่ปี 2011เป็นต้นมาจากหลักที่วางไว้ในคดี *Bézier 2* (CE 21 Mars 2011) โดยเฉพาะในคดีที่มีมูลค่าสูงอย่างสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมทุน ซึ่งศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญาในการตรวจสอบการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเลิกสัญญาทางปกครอง

หากมีการใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชย (indemnité) ซึ่งครอบคลุมทั้งค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (dannum

---

[154] ดู บุปผา อัครพิมาน,*อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 126, น. 178. ลักษณะของการผิดสัญญาทางปกครองอันจะเกิดอำนาจในการเลิกสัญญา เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้ และทิ้งงานไป (คดี *Losfeld* CE 9 Novembre 1925) ไม่ชำระหนี้ตามระยะเวลาที่คู่สัญญาถือเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในสัญญา (คดี *leugil* CE 10 décembre 1924) โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาไปให้ผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมหรืออนุญาตจากฝ่ายปกครอง (คดี *Monnot* CE 17/12/1926) ส่งมอบสินค้าที่ขาดคุณภาพ (คดี *Ville de Bordeaux* CE 2 décembre 1949) ดำเนินการก่อสร้างโดยไม่ทำตามระเบียบของทางราชการ (คดี *Pasquelin* CE 18 octobre 1835) การไม่จัดสถาปนิกไปควบคุมการก่อสร้างตามสัญญา (คดี *Hôpital hospice de Longjumeau* CE 4 décembre 1974) ไม่ส่งมอบสินค้าโดยไม่มีเหตุอันควรอ้างได้ (คดี *Minister des Arméés c. société Américauto* CE 13 Juillet 1965) เหล่านี้เรียกว่าการเลิกสัญญาโดยความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (résiliation pour faute)

[155] ตรงกับคำว่า "une règle général applicable aux contrats administratifs" ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Distillerie de Magnac-Laval* (CE 2 mai 1958) คำพิพากษานี้ถือเป็นคำพิพากษาแรกที่สถาปนาอำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ดู Philippe Yolka, *Supra note*. 4, p. 116.

[156] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Assocaition Eurolat* (CE 6 mai 1985)

[157] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Société TV6* (CE 2 février 1987)

Ref. code: 25595601032187GRS

emergens) และค่าขาดรายได้ คือผลกำไรที่ควรจะได้รับหรือคาดว่าเสียไป (lucrum cessans)[158] ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ในฐานะวิธีการสุดท้ายและใช้อย่างระมัดระวังอย่างยิ่ง

นอกจากนั้น สัญญาทางปกครองยังมีลักษณะพิเศษอันเนื่องมาจากสภาพของสัญญา เช่นในเรื่องของระยะเวลา (La durée) ในสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมายเอกชน เช่น ระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง (Le temp de jeu) ในสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษกว่าเพราะมีกฎหมายกำหนด เช่นเรื่อง สัญญาพัสดุเองจะต้องทำเป็นครั้งๆ ไป ห้ามทำสัญญาในลักษณะต่อเนื่องยาวนานหลายปี อันเป็นการขัดกับหลักแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม สัญญาบางประเภทนั้นมีระยะเวลากำหนดโดยกฎหมาย เช่น สัญญาเช่าระยะยาว (Bail emphytéotique BEA) มีระยะเวลา 18-39 ปี แม้แต่สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหากไม่กำหนดระยะเวลาของสัญญาไว้ อาจเกิดข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขั้นทำให้สัญญาเป็นโมฆะเพราะขัดหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ

3.4 สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายฝรั่งเศส[159] (la irrégularité des contrats de l'administration)

3.4.1 การปรับใช้ความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งกับสัญญาทางปกครอง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อการก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสว่า สัญญานั้นจะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อมีการแสดงเจตนา (consentement) เพื่อก่อให้เกิดนิติกรรม (acte juridique) จนกระทั่งมีลักษณะเป็นสัญญา (contrat) อย่างเป็นลำดับ ซึ่งจะต้องมีความสมบูรณ์ในทุกขั้นตอนอย่างไม่ขาดสาย สัญญาจึงจะมีผลสมบูรณ์ในสายตาของกฎหมาย ปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาในหัวข้อนี้จึงอยู่ที่ว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองนั้นจะมีข้อบกพร่องด้วยสาเหตุใด และความบกพร่องนั้นจะส่งผลกระทบมากน้อยเพียงใดต่อสถานะของสัญญาดังกล่าว

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาที่มีความบกพร่อง (irrégularité) ที่ปรากฏในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แสดงออกผ่านทางการกำหนดเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาตาม มาตรา 6 และ มาตรา 1108 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (code civile) กล่าวคือ ตามมาตรา 1108

---

[158] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี *Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc* (CE 31 Juillet 1996) อ้างใน Philippe Yolka, *Supra note*. 4, p.117.

[159] ในเบื้องต้นจะต้องทำความเข้าใจ ในแง่ของการใช้ถ้อยคำ (terminologie) ก่อนว่าสัญญาทางฝ่ายปกครอง "ข้อบกพร่อง" (irrégularité) นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และในอดีตอาจมีการใช้ปะปนกับคำว่า มีตำหนิ (vice) ไม่สมบูรณ์ (invalidité) "ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" (illicéité, illégalité) หรือแม้แต่เป็นโมฆะ (nullité) ซึ่งไม่ควรเข้าใจเช่นนั้น เนื่องจากปัจจุบันระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาเป็นพิเศษ และสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง (irrégularité) ไม่จำเป็นที่จะต้องตกเป็นโมฆะ (nullité) หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégalité) ในทุกกรณี

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาจะต้องมีความสมบูรณ์ของความยินยอมของคู่สัญญา (consentement) ที่จะผูกมัดตนเอง ความสมบูรณ์ของความสามารถของคู่สัญญา (capacité) ในการเข้าทำความตกลง จะต้องมีวัตถุแห่งสัญญา (objet[160]) ที่แน่นอนที่อันเป็นวัตถุของการผูกพันตามสัญญา และมี “วัตถุที่ประสงค์” (cause[161]) ในการก่อหนี้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้นตามมาตรา 6 ยังห้ามมิให้มีการทำสัญญา

---

[160] มาตรา 1126 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้กำหนดลักษณะของ objet ไว้คือ สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องส่งมอบหรือจะต้องผูกพันตนว่าจะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ นอกจากนั้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส objet ที่ทำให้สัญญาสมบูรณ์ จะต้องดำรงอยู่ (exist) ชี้วัดได้ (determined) เป็นไปได้ไม่พ้นวิสัย (possible) และจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (lawful) อ้างใน Raymond Youngs, English, French and German Comparative law, 3rd Edition, (Newyork : Routledge, 2014) p. 546.

[161] cause เป็นข้อความคิดที่ไม่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษ และอาจเทียบกับระบบกฎหมายไทยได้ยาก cause นั้นมีความหมายทั้งในเชิงอัตวิสัย (subjectif) และภาวะวิสัย (objectif) กล่าวคือ cause ในความหมายเชิงอัตวิสัย (subjectif) คือ สาเหตุที่ทำให้คู่สัญญาทำสัญญากันอันเป็นเป้าหมายส่วนตัวของผู้ทำนิติกรรม เช่น ต่างฝ่ายต่างทราบว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการรถยนต์ไว้ใช้และอีกฝ่ายก็อยากได้เงิน ส่วน cause ในความหมายเชิงภาวะวิสัย (objectif) นั้นเป็นสาเหตุที่จะพิจารณาจาก “หนี้” เป็นหลัก กล่าวคือสาเหตุในการทำสัญญาซื้อขาย (cause) ก็คือความต้องการโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคา cause จึงอาจแปลได้ว่า “วัตถุที่ประสงค์ของสัญญา” ซึ่งเป็นคำตอบของคำถามที่ว่าทำไมคู่สัญญาถึงทำสัญญานั้น (โปรดดู ดาราพร เตชะกำพุ, “แนวความคิดและหลักของ cause ตามหลักกฎหมายสัญญาฝรั่งเศส” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 ปี 2530 หน้า 33-43.) อย่างไรก็ตามมีการแปล cause ว่า “มูลเหตุในการทำสัญญา” เนื่องจากคำว่า “มูลเหตุในการทำสัญญา” หรือ “มูลเหตุจูงใจ” นั้น มีความหมายใกล้เคียงกับ cause ในเชิงอัตตะวิสัยเป็นอย่างมาก แม้จะเป็นเช่นนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าควรแปล cause ว่า “วัตถุที่ประสงค์ของสัญญา” หรือ “เป้าประสงค์ของสัญญา” ซึ่งจะตรงกับ cause ในเชิงอัตตะวิสัย (subjectif) มากกว่า เนื่องจากเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาตามมาตรา 6 มาตรา 1108 และความสมบูรณ์ของ cause ตามมาตรา 1113 ที่ระบุว่า “cause จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดี” นั้นล้วนแล้วแต่พิจารณาจาก cause ในเชิงอัตตะวิสัย (subjectif) ทั้งสิ้น ไม่ใช่พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวในจิตใจไม่มีใครรู้ได้ แต่มูลเหตุจูงใจอาจกลายมาเป็น cause ในเชิงอัตตะวิสัย (subjectif) ที่ศาลตรวจสอบได้เมื่อคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างรู้มูลเหตุจูงใจซึ่งกันและกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการพิจารณาว่า cause ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ที่จะต้องพิจารณาจากเหตุในการทำสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียว

อย่างไรก็ตามไม่พึงเข้าใจว่า cause เหมือนกับวัตถุประสงค์ของสัญญาในระบบไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกประการ โปรดดู ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรม-สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพ : วิญญูชน, 2558) น. 64-66 และ 84-85 เปรียบเทียบกับ

Ref. code: 25595601032187GRS

ซึ่งขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี[162] ซึ่งจะต้องพิจารณาทั้งวัตถุแห่งสัญญา (objet) และ วัตถุที่ประสงค์ (cause) ของสัญญาประกอบกัน[163]

หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทั้งสองประการดังกล่าว ย่อมส่งผลให้สัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นนั้นตกเป็นโมฆะ (nullité) ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณี คือ โมฆะสัมบูรณ์ (la nullité absolue) และโมฆะสัมพัทธ์ (la nullité relative) ซึ่งการตกเป็นโมฆะทั้งสองประเภท จะมีผลย้อนหลัง (rétroactive) เปรียบเสมือนคู่สัญญามิได้ทำสัญญากันมาก่อนเลย และหากมีกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับทรัพย์สินไว้ ก็ต้องมีการคืนให้แก่กันตามหลักลาภมิควรได้ (le principe de l'enrichissement sans cause)

ความบกพร่องของสัญญาที่ทำให้ตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์ (la nullité absolue) นั้นสามารถถูกยกขึ้นกล่าวอ้างได้โดยผู้มีส่วนได้เสียทุกคน ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญา บุคคลที่สาม พนักงานอัยการ หรือศาล ภายในระยะเวลา 30 ปี หลังจากที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆะนั้น ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการขาด (absence) หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illicite) ของ objet และ cause ของสัญญา การขาดการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (absence de consentement) และการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (le vice du forme)

ส่วนความบกพร่องของสัญญาที่ทำให้ตกเป็นโมฆะสัมพัทธ์ (la nullité relative) นั้นเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญาทำขึ้นโดย การสำคัญผิด (l'erreur)[164] การข่มขู่ (violence)[165] มีข้อเสื่อม

Raymond Youngs, English, French and German Comparative law, 3rd Edition, (Newyork : Routledge, 2014) pp. 546, 566-568, 594, and 601-604

[162] "ตัวบทใช้คำว่า On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs" แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า "It is not possible to derogate by specific agreements from the law which concern public order and good morals"

[163] การตีความการทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีนั้นพิจารณาจาก objet ของสัญญาในแง่ที่ว่า สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องส่งมอบหรือจะต้องผูกพันตนว่าจะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆนั้น ซึ่งก็คือ "วัตถุแห่งหนี้" จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เช่น การทำสัญญาให้กระทำการผิดกฎหมายอาญาหรือเป็นการละเมิดบุคคลอื่น ส่วนการพิจารณาจาก cause นั้นจะเป็นการพิจารณาในเชิงอัตตะวิสัย (subjective) ซึ่งจะต้องชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1133 กล่าวคือ cause ซึ่งเป็นสาเหตุในการทำสัญญาหรือเป้าประสงค์ในการทำสัญญานั้น จะต้องไม่ถูกต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย (prohibée par la loi) หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public) ซึ่งต้องอาศัยการตีความจากศาลว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแลศีลธรรมอันดี

[164] ตามมาตรา 1110 ของ Code civile

[165] ตามมาตรา 1111-1115 ของ Code civile

Ref. code: 25595601032187GRS

เสีย[166] (lésion) หรือกลฉ้อฉล[167] (dol) โดยผู้ที่กฎหมายคุ้มครอง (ซึ่งโดยหลักก็คือคู่กรณี) สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อกล่าวอ้างความเป็นโมฆะที่เรียกว่า “การยกเลิกสัญญา” ภายในระยะเวลาห้าปีนับตั้งแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆะของสัญญา ในทางกลับกันผู้ที่กฎหมายคุ้มครองยังสามารถทำการรับรองสัญญา (confirmation) เพื่อสละสิทธิในการยกความเป็นโมฆะของสัญญาขึ้นกล่าวอ้าง (renonce au droit d’invoquer une nullité) ได้เช่นกัน

ปัญหาที่สำคัญที่สุดที่จะต้องพิจารณาก็คือหากเป็นกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว จะมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) บริบทดังกล่าวจะถูกนำมาพิจารณามากน้อยเพียงใด ในฐานะหลักกฎหมายเอกชนที่อนุโลมมาใช้กับสัญญาทางปกครอง

ในระยะแรกของพัฒนาการของการปรับใช้หลักความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนกับสัญญาทางปกครองนั้นเป็นการปรับใช้ความสมบูรณ์สี่ประการตามมาตรา 1108 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามเริ่มมีการตั้งข้อสังเกตโดยนักวิชาการ[168]ว่าการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองนั้นซับซ้อนกว่านั้น โดยเฉพาะในเรื่องความมีอำนาจในการทำสัญญา (compétence) วัตถุแห่งสัญญา (objet) และ วัตถุที่ประสงค์ของสัญญา (cause) ส่วนการปรับใช้มาตรา 6 ในเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่ปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง ปรากฏในงานของ Christian Debouy ที่ชื่อว่า *Les moyens d’ordre public dans la procédure administrative contentieuse* ในปี 1980 ซึ่งกล่าวถึงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง โดยแบ่งออกเป็นความสมบูรณ์ของ วัตถุแห่งสัญญา (objet) วัตถุที่ประสงค์ (clause) เจตนา (consentement) ความสงบเรียบร้อยของสังคม (l’ordre public) และยังพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองรวมถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจฝ่ายปกครองโดยเฉพาะที่

---

[166] สัญญาที่มีข้อเสื่อมเสีย (lésion) ตามมาตรา 1108 ของ Code civile คือ สัญญาที่เกิดความไม่เท่าเทียมอย่างยิ่งในการชำระหนี้ของคู่สัญญา ซึ่งรวมไปถึงกรณีที่สัญญาทำโดยบุคคลที่ไม่สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายได้ (minors) โดยไม่มีผู้ดูแล ตามมาตรา 1305 lésion ยังรวมถึงความไม่เท่าเทียมของดุลยภาพทางการเงินของสัญญา เช่นการขายอสังหาริมทรัพย์ในราคาที่ต่ำกว่า สองในห้าของราคาที่แท้จริงขณะทำสัญญา ตามมาตรา 1674 เป็นต้น โปรดดู Raymond Youngs, English, French and German Comparative law, 3rd Edition, (Newyork : Routledge, 2014) p.621.

[167] ตามมาตรา 1116 ของ Code civile

[168] Christine Bréchon-Moulènes ในงาน *Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs* ในปี 1973 อ้างใน Pierre Bourdon, Le contrat administratif illégal, (Paris :Dalloz, 2014) p.7.

Ref. code: 25595601032187GRS

เกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญาอีกด้วย[169] ทำให้เริ่มมีการศึกษาและจัดระเบียบความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพิ่มเติมจากหลักความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนในเวลาต่อมา

3.4.2 ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง

ในงานของ Dominique Pouyaud ที่ชื่อว่า *la nullité des contrats administratifs*[170] ในปี 1991 ได้กรุยทางการศึกษาเรื่องของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะ โดยเริ่มเข้าสู่ปัญหาจากการระบุสาเหตุของ“ข้อบกพร่อง” (irrégularité) ของสัญญาทางปกครอง ซึ่งในขณะนั้น Dominique Pouyaud ได้แบ่งชนิดของความบกพร่องดังกล่าวออกเป็น “ความบกพร่องภายนอก” (irrégularité externes) และ “ความบกพร่องภายใน”(irrégularité internes)

ตามแนวคิดของ Dominique Pouyaud **ความบกพร่องจากเหตุภายนอก (Irregularités externes)** แบ่งออกเป็น (1) ความบกพร่องจากการแสดงเจตนา (l’expression du consentement) และ (2) ความบกพร่องในการทำให้เจตนาตรงตามความประสงค์ (La realité du consentement)

(1) ความบกพร่องจากการแสดงเจตนา (l’expression du consentement) แบ่งออกเป็นสามหัวข้อคือ (a) ความบกพร่องเกี่ยวกับตัวคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งในกรณีของฝ่ายปกครองนั้นรวมถึงการไม่มีอำนาจ (incompétance) ของนิติบุคคลมหาชนและตัวเจ้าหน้าที่ ซึ่งประกอบด้วย ความมีอำนาจในการทำสัญญาตามกฎหมาย (la autorisations de contracter) ความมีอำนาจในการลงนามและความสมบูรณ์ในการลงนาม (la signature du contrat) และความเห็นชอบให้ทำสัญญาจากองค์กรผู้กำกับดูแล (l’approbation du contrat) ส่วนความบกพร่องจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งในกรณีของบุคคลธรรมดา[171]และนิติบุคคล[172]นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (b) ความบกพร่องในเรื่องของแบบและกระบวนการ (formes et procédures) ในการแสดงเจตนา ในเรื่องของแบบนั้นสัญญาทางปกครอง

---

[169] Christain Debouy, "Les moyens d’ordre public dans la procédure administrative contentieuse" (Thése Politiers PUF Paris 1980) p.235 อ้างใน ibid.

[170] Dominique Pouyaud, la nullité des contrats administratifs, (Paris : L.G.D.J. ,1991) งานชิ้นนี้มีอิทธิพลต่องานหลายๆชิ้นต่อมาในฝรั่งเศส และ มีอิทธิพลต่องานในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย เช่น ชาตรี ศิลาภา, “สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) และ ปิยภรณ์ ชัยวัฒน์, “เหตุความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 14 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) 2557 น. 71-90 เป็นต้น งานชิ้นนี้เป็นงานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะเพียงไม่กี่ชิ้นในห้องสมุดกฎหมายมหาชนของศาลปกครองไทย

[171] ได้แก่กรณีของผู้เยาว์ และบุคคลไร้ความสามารถ

[172] กรณีของนิติบุคคลนั้นอาจเกิดความซับซ้อนขึ้น เนื่องจากการแสดงเจตนาของนิติบุคคลนั้นทำผ่านผู้แทนนิติบุคคล จึงต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้แทนนิติบุคคล และเรื่องตัวแทนด้วย

Ref. code: 25595601032187GRS

อาจเกิดความบกพร่อง (vice de forme) หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้ทำ[173] ส่วนความบกพร่องของกระบวนการ (vice de procédure) นั้นเกิดขึ้นในกรณีของความบกพร่องกระบวนการรับคำปรึกษาจากหน่วยงานอื่นในการทำสัญญา (les procédures consultatives) และ ความบกพร่องของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง (les procédures de sélection du cocontractant de l'administration) ซึ่งอาจเกิดความบกพร่องในการเลือกวิธีในการคัดเลือกคู่สัญญา และความบกพร่องในดำเนินกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา Dominique Pouyaud ได้ตั้งข้อสังเกตว่าความบกพร่องดังกล่าวอาจเป็นความบกพร่องในเนื้อหาสำคัญของกระบวนการคัดเลือก เช่น การขัดต่อหลักการมีส่วนในกระบวนการจัดหาภาครัฐในเรื่องของการแข่งขันที่เสรีเป็นธรรมและเสมอภาค และการเข้าถึงกระบวนการของเอกชนผู้เข้าแข่งขัน หรืออาจเป็นความบกพร่องในขั้นตอนรูปแบบเพียงเล็กน้อยเท่านั้นก็ได้ และ (c) ความบกพร่องในเรื่องของการอนุมัติสัญญาโดยองค์กรผู้กำกับดูแลฝ่ายปกครอง (l'approbation du contrat) ซึ่งความบกพร่องในกรณีนี้เป็นกรณีที่องค์กรผู้กำกับดูแลฝ่ายปกครองไม่อนุมัติรับรองสัญญาก่อนที่ฝ่ายปกครองจะเข้าทำสัญญา[174] หรือกรณีที่กฎหมาย (โดยเฉพาะประมวลกฎหมายท้องถิ่น) กำหนดให้ต้องมีการแจ้งมติในการทำสัญญาของสภาท้องถิ่นให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดเสียก่อนจึงจะทำให้มตินั้นมีผลทางกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาในที่สุดหากไม่มีการแจ้งมติดังกล่าว

(2) ความบกพร่องในการทำให้เจตนาตรงตามความประสงค์ (La realité du consentement) ซึ่งแบ่งออกเป็นสองหัวข้อ คือ (a) การขาดเจตนา (absence de consentement) ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดความบกพร่องในการทำคำเสนอคำสนองจนไม่เกิดการแสดงเจตนาและทำให้สัญญานั้นไม่เกิดขึ้นและไม่เกิดการดำรงอยู่เลย (l'inexistence) และ (b) กรณีเจตนาที่วิปริต (les vices du consentement) ซึ่งได้แก่ การสำคัญผิด (l'erreur) (ในตัวบุคคล กับสาระสำคัญ) กลฉ้อฉล (le dol) ข่มขู่ (la violence) และ มีข้อเสื่อมเสีย (lésion)

ส่วน **"ความบกพร่องภายใน"(irrégularité internes)** นั้น Dominique Pouyaud ได้แบ่งออกเป็นสามกรณีคือ (1) ความบกพร่องของวัตถุแห่งสัญญา (vices affectant l'objet) ซึ่งได้แก่กรณีที่วัตถุแห่งสัญญานั้นไม่มีอยู่เลย (inexistence de l'objet) และกรณีที่วัตถุแห่งสัญญานั้นไม่อาจกำหนดได้แน่นอน (indétermination) ไม่ว่าจะเป็นวัตถุแห่งหนี้หรือราคา (2) ความบกพร่องเกี่ยวกับวัตถุที่ประสงค์ (vices affectant la cause) ซึ่งได้แก่กรณีที่วัตถุที่ประสงค์นั้นไม่มีอยู่เลย (absence) หรือได้หายไป (disparition) และกรณีที่วัตถุที่ประสงค์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (l'illicéité de la cause) และ (3) กรณีที่สัญญานั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (non-conformité du contrat à l'ordre public)

---

[173] แบบของสัญญาทางปกครองนั้นอาจมีลักษณะที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (la forme écrite) ในบางกรณีเท่านั้น โดยปกติสัญญาทางปกครองจะไม่มีแบบ และสามารถทำได้ด้วยวาจา ในขณะที่สัญญาแบบ ซึ่งฝ่ายปกครองกำหนดผูกพันให้ใช้ดุลยพินิจ

[174] ถือเป็นกรณีที่ทำให้ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเข้าทำสัญญารูปแบบหนึ่ง แต่ด้วยสภาพความซับซ้อนของเรื่อง ทำให้ต้องแยกออกมาศึกษาเป็นอีกหนึ่งหัวข้อ

Ref. code: 25595601032187GRS

ในส่วนที่สองของ *la nullité des contrats administratifs* Dominique Pouyaud ได้ศึกษาผลของความบกพร่องที่กระทบต่อสัญญานั้น โดยศึกษาควบคู่ไปกับเขตอำนาจศาลปกครองของฝรั่งเศส ตามชนิดของรูปแบบคำฟ้องคดีปกครอง ซึ่งได้ข้อสรุปในเบื้องต้นว่า สัญญาทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องตกเป็นโมฆะในทุกกรณี[175] ซึ่งต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน แต่ผลของความบกพร่องที่จะก่อให้เกิดความเป็นโมฆะต่อสัญญานั้นจะเกิดขึ้นในบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ สัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นคือสัญญาที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขเกี่ยวกับแบบหรือเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญา[176] โดยฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่อาจประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาได้ แต่เป็นอำนาจของศาลปกครองในการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา

Dominique Pouyaud ได้แบ่งการศึกษาความเป็นโมฆะที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองออกเป็นสองส่วน ได้แก่ (1) ความเป็นโมฆะที่แยกออกได้ (les nullités partielles) และ (2) ความเป็นโมฆะทั้งฉบับของสัญญาทางปกครอง (la nullité du contrat) ดังนี้

(1) ความเป็นโมฆะที่แยกออกได้ (les nullités partielles) ประกอบไปด้วย

(a) la nullité partielle de l'operation contractuelle เป็นความเป็นโมฆะของการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา (les actes unilatéraux détachable) ที่ถูกเพิกถอน (annulation) โดยศาลในคดีร้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่เกินอำนาจ (le juge de l'excès de pouvoir) ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา (processus de formation) ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายปกครอง (compétence) หรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา[177] ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของสัญญา การเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้นี้ไม่มีผลกระทบต่อตัวสัญญาโดยตรงทันที เนื่องจากในขณะนั้น (1991) การประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นอยู่ในอำนาจของศาลในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเท่านั้น (le juge de plein contentieux) ซึ่งผู้พิพากษาคดีสัญญา (juge du contrat) จะเป็นผู้พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยสัญญาอีกชั้นหนึ่ง ในกรณีที่การกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาที่ถูกเพิกถอนนั้นเกี่ยวเนื่องกับการเกิดขึ้นของสัญญา

(b) la nullité partielle de l'acte contractuelle ซึ่งก็คือความเป็นโมฆะของ "ข้อสัญญา" ซึ่งแยกออกได้จากตัวสัญญา กล่าวคือข้อสัญญานั้นไม่ได้เป็นสาระสำคัญหลักของสัญญา

---

[175] Dominique Pouyaud, la nullité des contrats administratifs, (Paris : L.G.D.J. ,1991) p.367.

[176] « la nulité attaint un contrat qui ne réunit pas les conditions de forme ou de fond nécessaires à sa perfection » อ้างใน *Ibid.*, p.395. ซึ่งการให้ความหมายดังกล่าวเป็นการขจัดข้อสงสัยว่าสัญญาที่มีข้อบกพร่องทุกชนิดจำเป็นจะต้องตกเป็นโมฆะหรือไม่ ซึ่งเป็นหลักในกฎหมายแพ่ง เนื่องจากสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งมีข้อบกพร่องตามที่ประมวลแพ่งกำหนด ย่อมจะตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์หรือโมฆะสัมพัทธ์แล้วแต่กรณี

[177] *Ibid.* p.289.

Ref. code: 25595601032187GRS

ทั้งฉบับ แต่เป็นเพียงส่วนประกอบ (l'*instrumentum* contractuel) ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ "แยกออกได้" (détachablilité) ดังนั้นหากเกิดความบกพร่องที่ร้ายแรงแก่ข้อสัญญาดังกล่าว เช่น การขาดการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาบกพร่องวิปริต หรือการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ข้อสัญญานั้นจะถูกประกาศความเป็นโมฆะ (suppression de la clause vicée) โดยไม่มีผลกระทบใดๆต่อสัญญาทางปกครองหลัก อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่ของการใช้คำ (terminologie) แล้ว การประกาศความเป็นโมฆะของข้อสัญญานั้นก็ไม่ได้มีเอกภาพเท่าใดนัก เนื่องจาก Conseil d'État ได้เคยใช้คำว่า "ไม่มีผล" (san valeur) "ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย" (sans effet juridique) หรือ "ไม่อาจบังคับได้" (inopérante) โดยไม่บังคับให้เป็นไปตามสัญญาข้อนั้น โดยอ้างว่าข้อสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illecite) แต่ไม่ได้ประกาศชัดถึงความเป็นโมฆะของข้อสัญญาดังกล่าว[178]

(2) ความเป็นโมฆะทั้งฉบับของสัญญาทางปกครอง (la nullité du contrat) การฟ้องคดีเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญานั้นอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le juge de plein contentieux) ซึ่ง Dominique Pouyaud ได้ตั้งข้อสังเกตว่าในทางปฏิบัติแล้วศาลในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มจะไม่ค่อยประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาแต่จะเน้นการชดใช้ค่าเสียหาย (indemnisation) ให้กับผู้ร้องขอมากกว่า อันเนื่องมาจากเหตุผลในเรื่องความสำคัญทางเศรษฐกิจของสัญญาทางปกครอง ซึ่งมักกระทบกับบุคคลจำนวนมาก เนื่องจากการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญานั้นมีผลย้อนหลัง (rétroactive) นอกจากนั้นศาลยังถือว่าการพิพากษาให้สัญญาเป็นโมฆะนั้นถือเป็นทางเลือกสุดท้าย (*Ultima Ratio*) เนื่องจากความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองนั้นเป็นไปเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ซึ่งทำให้การบังคับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในสัญญาทางปกครองเบาบางลง โดยระบบกฎหมายอาจยอมให้มีสัญญาทางปกครองที่บกพร่องยังคงดำรงอยู่ได้ ในทำนองเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

Domique Pouyaud เริ่มต้นจากการสำรวจว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในระยะแรกไม่ได้มีความชัดเจนในเรื่องของการกำหนดสภาพบังคับของสัญญาที่มีข้อบกพร่อง โดย Conseil d'État ไม่ได้ใช้การประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา (prononcer la nullité du contrat) แต่ใช้คำว่า "สัญญาไม่มีผลบังคับ" (inopposabilité du contrat) หรือ "ไม่มีผลผูกพันรัฐ" (n'avient pu engager valablement l'Etat) เช่น ในคดี *Chassieu*[179] คดี *Brunel*[180] และคดี *Laily*[181] นอกจากนั้นยังมีกรณีที่ศาลตัดสินว่า "ความสัมพันธ์ในทางสัญญานั้นไม่สมบูรณ์" (imperfection du lien contractuel) ซึ่งศาลถือว่าไม่เกิดการทำสัญญาขึ้นเลย (n'a jamais conclu) และสัญญาก็ไม่

---

[178] *Ibid.*, p 345.

[179] CE 1 Mai 1939 ในกรณีที่สัญญาก่อสร้างของเทศบาล (commune) ลงนามโดยเทศมนตรี แต่ไม่ได้ผ่านการเห็นชอบของสภาเมือง (conseil municipal)

[180] CE 10 Avril 1970 เป็นกรณีที่การทำสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่กำกับดูแลเสียก่อน แต่ฝ่ายปกครองกลับทำสัญญาโดยปราศจากการความเห็นชอบนั้น

[181] CE 2 décembre 1938 เป็นกรณีที่สัญญาทำขึ้นโดยเอกชนซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญา (incapacité)

Ref. code: 25595601032187GRS

เคยดำรงอยู่เลยทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย (l'inexistence du lien contractuel) อันเนื่องมาจากการแสดงเจตนาที่บกพร่อง ซึ่งศาลจะไม่เพิกถอน (annuler) สัญญาที่ไม่เคยเกิดขึ้นในความเป็นจริง เช่น ในคดี Larue[182] และ คดี Société des établissements Privés[183] ซึ่งผลแตกต่างกับการตกเป็นโมฆะในหลายกรณี โดยเฉพาะกรณีที่ความบกพร่องทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะสัมพัทธ์ และการตัดสินเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาเชิงระบบเกี่ยวกับทฤษฎีการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองเป็นอย่างมาก[184]

ด้วยสภาพของความคลุมเครือของแนววินิจฉัย "การไม่มีอยู่ของสัญญาทางปกครอง" ทำให้เกิดการสังเคราะห์ทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองให้ละเอียดยิ่งขึ้น โดยระยะแรกจะเป็นการปรับใช้หลักการกำหนดผลของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะเช่นเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน กล่าวคือ การมีผลย้อนหลังเสมือนว่าคู่สัญญาไม่ได้ทำสัญญากันมาก่อนเลยในสายตาของกฎหมาย (destruction rétroactive) ตามหลัก *Quod nullum est nullum producit effectum*[185] ส่งผลให้เกิดการนำความเป็นโมฆะสัมบูรณ์และโมฆะสัมพัทธ์มากำหนดผลของสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง โดยจุดตัดระหว่างการตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์กับการที่สัญญาไม่เคยดำรงอยู่เลยนั้น Dominique Pouyaud ได้เปรียบเทียบได้อย่างเห็นภาพว่าสัญญาที่ตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์นั้นเปรียบเสมือนทารกซึ่งคลอดออกมาตาย (Mort-né) กล่าวคือสัญญานั้นเกิดขึ้นและดำรงอยู่ แต่ไม่มีผลทางกฎหมายเนื่องจากระบบกฎหมายไม่ยอมให้ดำรงอยู่

จุดที่ยากของทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญา อีกประการที่ Dominique Pouyaud ได้ชี้ประเด็นไว้คือ ศาลจะสามารถนำหลักในเรื่องการไม่มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่นำมาซึ่ง "ความไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครอง" (l'inexistence de l'acte) มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้หรือไม่เพียงใด เช่น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินในเรื่องที่ตนไม่มีอำนาจเลยแม้แต่น้อย (usurpation de pouvoir) หรือ ใช้อำนาจในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง ซึ่ง Dominique Pouyaud ได้ให้ความเห็นว่าหลักการดังกล่าวอาจไม่มีที่ใช้[186]กับสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก ในระบบของสัญญาทางปกครองนั้นมีการยอมรับทฤษฎี "เจ้าหน้าที่ในทางข้อเท็จจริง" (la

---

[182] CE 13 Mai 1970 ศาลตัดสินว่าสัญญาไม่เกิดเนื่องจากคู่สัญญา ซึ่งได้แก่กลุ่ม (groupement) ไม่มีสถานะบุคคล และไม่มีความสามารถในการทำสัญญา หลักนี้ถูกกลับแล้วในปัจจุบัน

[183] CE 1 Octobre 1969 กรณีศาลตัดสินว่าสัญญาพัสดุซึ่งทำด้วยวาจานั้น ถือว่าเป็นสัญญาซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นเลย ซึ่งหลักการนี้ถูกกลับลงแล้วในปัจจุบันจากการที่สัญญาทางปกครองสามารถเกิดขึ้นด้วยวาจาได้ การไม่ทำเป็นหนังสือและไม่ลงนามเป็นเพียงข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา จากการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายพัสดุเท่านั้น

[184] Dominique Pouyaud, *Supra note.*169, p.392.

[185] "That which is a nullity, produces no effect" แปลได้ว่า "สิ่งใดเป็นโมฆะ ย่อมไม่ส่งผลใดๆ"

[186] Dominique Pouyaud, *Supra note.*169, p.404.

Ref. code: 25595601032187GRS

théorie des fonctionnaires de fait[187]) หรือหลัก “ตัวแทนโดยปริยาย” (l’investiture plausible) ในการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่เอกชนผู้สุจริตเข้าใจว่าเจ้าหน้าที่หรือฝ่ายปกครองมีอำนาจในการทำสัญญาแทนรัฐ ทำให้สัญญาที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจนั้นเคยดำรงอยู่ส่วนจะมีผลสมบูรณ์หรือนั้นก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง

อย่างไรก็ดี หลังจากที่ Dominique Pouyaud ได้สังเคราะห์เหตุของความบกพร่องของสัญญาทางปกครองแล้ว มีปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่า หากความบกพร่องนั้นเป็นการบกพร่องในสาระสำคัญที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะแล้ว กรณีใดจะถือว่าตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์ (absolue) และกรณีใดจะถือว่าตกเป็นโมฆะสัมพัทธ์ (reletive) Dominique Pouyaud ได้ให้เหตุผลโดยการเทียบเคียงว่าในกรณีของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนจะมีมิติที่กฎหมายต้องการคุ้มครองในสองลักษณะคือ ประโยชน์ของปัจเจกชน (intérêt particulier) และประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) ซึ่งส่งผลแตกต่างกัน สัญญาที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้นจะตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์ (absolue) ซึ่งได้แก่กรณีสัญญาที่มีวัตถุแห่งสัญญา (objet) และวัตถุที่ประสงค์ (cause) ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือในเรื่องของแบบของสัญญา ส่วนสัญญาที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ที่คุ้มครองของปัจเจกชนจะตกเป็นโมฆะสัมพัทธ์ (relative) ซึ่งได้แก่กรณีการแสดงเจตนาที่วิปริต (vice du consentement) และกรณีความบกพร่องด้านความสามารถ (incapacité) ส่วนกรณีของการขาดการแสดงเจตนานั้นถือว่าสัญญานั้นไม่ได้เกิดขึ้นและไม่ได้ดำรงอยู่เลย แต่ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น Dominique Pouyaud มีความเห็นว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้นมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก จึงสรุปได้ว่าหากสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะแล้ว โดยหลักย่อมเป็นโมฆะสัมบูรณ์[188] และมีความเห็นว่าโมฆะสัมพัทธ์นั้นถือเป็นเพียงข้อยกเว้นที่เกิดขึ้นน้อยมากและเป็นเพียงแนวคิดในทางทฤษฎี ดังที่เห็นได้จากการพิจารณากรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจในการทำสัญญา (incompétence) ความบกพร่องในเรื่องการอนุมัติสัญญา (default d’approbation) และ ความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญา (vice affectant la passation des contrats) ซึ่งเข้าข่ายเป็นความบกพร่องในการแสดงเจตนา (vice du

---

[187] ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นมาเพื่อรองรับความมั่นคงทางนิติฐานะ (sécurité juridique) ของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครอง ในกรณีที่เอกชนผู้สุจริตได้รับผลกระทบจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีมีอำนาจ เช่น ได้รับมอบอำนาจมาโดยมิชอบ หรือแต่งตั้งโดยมิชอบ ทฤษฎีนี้ยังประกันความต่อเนื่องของการทำบริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (la continuité du fonctionnement des services publics) ซึ่งปรับใช้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปราศจากอำนาจนั้นมีอำนาจกระทำการเป็นพิเศษในกรณีที่เกิดสถานการณ์พิเศษ (circonstances exceptionnelles)

[188] ซึ่งสอดคล้องกับเหตุของความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองที่ไม่ปรากฏในเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งที่เกิดขึ้นในเวลาถัดมา เช่น กรณีที่สัญญาทางปกครองไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด ซึ่งตกเป็นโมฆะเนื่องจากการขัดต่อหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองนองซ์ CAA Nantes 27 juin 2003 ในคดี Commune de Contres)

Ref. code: 25595601032187GRS

consentement) และความบกพร่องด้านความสามารถ (incapacité) ซึ่งจะตกเป็นโมฆะสัมพัทธ์หากเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน แม้ในระยะแรก Conseil d'État จะตัดสินคดีโดยนำหลักโมฆะสัมพัทธ์ในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ก็ตาม แต่ต่อมาก็มีกลับหลักคำพิพากษาโดยให้ความบกพร่องทั้งสามชนิดดังกล่าวตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์แทน[189] เนื่องจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายปกครองและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นล้วนแล้วแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) ทั้งสิ้น นอกจากนั้นในทางปฏิบัติที่ศาลปรับใช้ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้น ก็มักจะไม่มีการแยกระหว่างโมฆะสัมบูรณ์และโมฆะสัมพัทธ์แต่อย่างใด ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยืนยันสัญญา (confirmation) ที่ตกเป็นโมฆะสัมพัทธ์ให้มีผลใช้บังคับ ซึ่งถือเป็นการสละสิทธิกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของสัญญามีที่ใช้น้อยลงไปด้วยในกรณีของสัญญาทางปกครอง

นอกจากนั้น Dominique Pouyaud ยังตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมอีกว่าแท้จริงแล้วในกรณีที่สัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์นั้น ไม่ได้ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียทุกคนยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้างได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากด้วยสภาพที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสในเวลานั้นอนุญาตให้คู่สัญญาเท่านั้นที่จะสามารถเป็นบุคคลที่จะฟ้องต่อศาลให้ประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา บุคคลภายนอกจึงไม่มีโอกาสยกความเป็นโมฆะของสัญญาขึ้นได้โดยปริยาย โดยเฉพาะในกรณีของบุคคลภายนอกผู้เดือดร้อนจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จุดนี้เองทำให้ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนและพัฒนาแยกตัวออกมาจากหลักกฎหมายสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนมากขึ้น

สำหรับผลของการที่ศาลปกครองประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้น Dominique Pouyaud มีความเห็นว่าความเป็นโมฆะย่อมมีผลย้อนหลังไปทำลายความสัมพันธ์ทางสัญญา (destruction retroactive du contrat) และอาจนำมาซึ่งความรับผิดนอกเหนือสัญญา (la responsabilité extracontractuelle) ซึ่งเป็นการชดใช้กันระหว่างคู่สัญญาตามหลักลาภมิควรได้ (l'enrichissement sans cause) และ ความรับผิดกึ่งละเมิด (la responsabilité quasi délictuelle) ได้

ข้อสรุปโดยรวมในงานของ Dominique Pouyaud นั้นมีอิทธิพลต่องานเขียนหลายชิ้นต่อมา ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งความบกพร่องของสัญญาทางปกครองเป็นเหตุภายนอกและเหตุภายในหรือ ผลของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ และ วิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับความเป็นโมฆะที่ปรากฏในสัญญาทางปกครองทั้งที่แยกส่วนได้และแยกส่วนไม่ได้

อย่างไรก็ดีมีการต่อยอดพัฒนาทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองต่อไปจากแนวคิดของ Dominique Pouyaud เรื่อยๆตั้งแต่ปี 1990 เป็นต้นมา จนถึงในปี 2000 Henri Savoie ได้ทำความเห็นในนามของ *กอมมิสแซร์ ดู กูแวร์เนมอง* (Commissaire du gouvernement)

---

[189] กรณีของความบกพร่องในเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครอง ตัดสินในคดี *de Quatre Barbes* (CE 24 Jui 1892) กรณีของความบกพร่องในเรื่องการอนุมัติสัญญา ตัดสินในคดี *Cne de Battigny* (CE 20 décembre 1963) ส่วนความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญานั้น ตัดสินในคดี *Bongrand et Dupin* (CE 2 décembre 1942)

Ref. code: 25595601032187GRS

ต่อคดี Société Citécable Est ชี้ให้เห็นถึงสาเหตุของความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองห้าประการ[190] ได้แก่ (1) สัญญาที่ได้ทำขึ้นจากกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (2) สัญญาที่ขัดขวางการปฏิบัติการทางปกครอง (3) สัญญาที่ทำขึ้นโดยบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติในการทำสัญญา (4) สัญญาที่มีข้อสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อย (5) สัญญาทางปกครองที่การกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญาซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตัวเนื้อคดี *Société Citécable Est*[191] เองก็ได้วางหลักการคืนทรัพย์ตามหลักลาภมิควรได้ทางปกครอง หลังจากที่สัญญาทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะด้วย

---

[190] Henri Savoie, “conclusion sur CE Section, 20 octobre 2000, Société Citécable Est, req. N° 196553 ” RFDA, n° 2, 2001, p.364.

[191] ในคดี Société Citécable Est (CE 20 octobre 2000) ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ว่า เมื่อความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองปรากฏขึ้นระหว่างการพิจารณาคดีของศาล คู่สัญญาอาจเรียกให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้ แม้ในคำฟ้องเดิมคู่สัญญาจะอ้างความรับผิดของอีกฝ่ายในฐานของการผิดสัญญาก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดก็เปิดช่องให้เรียกร้องกันได้ในฐานะลาภมิควรได้ทางปกครองแทน

คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ เทศบาลเมือง Vittel ทำสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะและบริการสาธารณะกับบริษัท Citécable Est เป็นเวลา 20 ปี ต่อมาเทศบาลมีมติยกเลิกสัมปทานเนื่องจากผู้รับสัมปทานไม่ชำระค่าสัมปทาน จึงเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครองชั้นต้นเมือง Nancy โดนฝ่ายเอกชนโต้แย้งขอให้ศาลเพิกถอนมติสภาเทศบาลที่ให้ยกเลิกสัญญา และให้เทศบาลชดใช้ค่าเสียหาย ส่วนเทศบาลก็ยื่นฟ้องให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหายเช่นกัน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ตัดสินให้บริษัท Citécable Est ชดใช้ค่าเสียหาย บริษัทจึงยื่นฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า วันที่มีสภาเทศบาลมีมติให้นายกเทศมนตรีลงนามในสัญญา มิได้มีการแจ้งมติไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด ตามมาตรา L2131-1 ของประมวลกฎหมายท้องถิ่น CGCT ซึ่งบังคับให้คำสั่งใดที่ออกโดยเทศบาลจะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งไปยังผู้มีส่วนได้เสียและตัวแทนของรัฐในระดับภูมิภาค ในเมื่อคำสั่งให้ลงนามในสัญญาไม่มีผลบังคับใช้เสียแล้ว กระบวนการลงนามในสัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาสัมปทานจึงตกเป็นโมฆะ และเมื่อสัญญามีผลเป็นโมฆะแล้วย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่กันระหว่างคู่สัญญาและไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายโดยอาศัยฐานสัญญาได้ (ตามแนวคำพิพากษาของ Cours administratives d’appel Paris 11 octobre 1994 คดี *SARL Editor Tennog*) คู่สัญญาจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน คู่สัญญาอาจยกประเด็นเรื่องลาภมิควรได้กล่าวอ้างต่อศาลแม้ว่าจะเป็นประเด็นข้อกฎหมายใหม่ที่นำเสนอในชั้นอุทธรณ์ก็ตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้เงินคืนสำหรับค่าใช้จ่ายที่สูญเสียไปแล้วเกิดประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองตามหลักลาภมิควรได้ทางปกครอง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าค่าใช้จ่ายนั้นไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อเทศบาล (เทศบาลไม่ได้รับประโยชน์ใดๆไว้) และไม่ปรากฏมูลหนี้ละเมิด ศาลจึงยกคำขอที่ให้เทศบาลชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว โปรดดู ปิยาภรณ์

Ref. code: 25595601032187GRS

3.4.3 การก่อตัวขึ้นของทฤษฎีสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นยังมีความไม่เหมาะสมอยู่หลายประการ ดังที่ Pierre Bourdon ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ในวิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิตของตนที่มีชื่อว่า *Le contrat administratif illégal* (สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย)[192] ว่าทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นยังมีจุดอ่อนในเรื่องความไม่ชัดเจนของการให้สัญญาตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อย (l'ordre publique) ในกรณีที่สัญญา กล่าวตกลงให้มีเนื้อหาต่างจากประมวลกฎหมายพัสดุ Pierre Bourdon มีความเห็นว่าแท้จริงแล้ว ประมวลกฎหมายพัสดุ (code des marché public) ในทุกมาตรานั้น ไม่ได้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยไปเสียทั้งหมด นอกจากนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของ objet และ cause เองก็มีความไม่ชัดเจนอยู่มาก ทำให้ Pierre Bourdon จัดระเบียบเหตุแห่งความบกพร่องของสัญญาทางปกครองเสียใหม่ออกเป็นสามประเภทดังที่จะกล่าวต่อไป นอกจากนั้น Pierre Bourdon ยังเห็นว่าผลของความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นร้ายแรงเกินไป จากการที่ศาลปกครองไม่มีดุลยพินิจอย่างอื่น ทำได้แต่จะต้องประกาศความเป็นโมฆะ โดยจะลบล้าง (annulation) สัญญาให้มีทั้งผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้น (*ab initio*) ก่อให้เกิดผลกระทบกับคู่สัญญาและบริการสาธารณะเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งจะต่างกับกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอน (résiliation) ในกรณีของคำสั่งทางปกครองซึ่งสามารถให้มีผลไปข้างหน้าในอนาคต (*pro futuro*) หลังจากที่ศาลชั่งน้ำหนักในเรื่องความมั่นคงในนิติฐานะของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว

Pierre Bourdon จึงได้เสนอให้มีการสร้างทฤษฎีสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (une théorie du contrat administratif illégal) ขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างในจุดอ่อนของทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง (une théorie de la nullité du contrat administratif) โดยเริ่มจัดระเบียบเหตุแห่งความบกพร่อง (L'irrégularité) ของสัญญาทางปกครองเสียใหม่เป็นสามประเภท ดังนี

(1) ความบกพร่องเรื่องความสามารถและความมีอำนาจของฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (l'irrégularité l'habilitation) ซึ่งเป็นประเด็นเรื่องความไร้ความสามารถ

ชัยวัฒน์, "คำพิพากษาศาลต่างประเทศ ลาภมิควรได้ : สัญญาทางปกครองที่มีผลเป็นโมฆะ", วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) 2552, น.118-123.

[192] Pierre Bourdon, Le contrat administratif illégal, (Paris:Dalloz, 2014) วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีที่ปรึกษาคือ Laurent Richer แห่งมหาวิทยาลัย Panthéon-Sorbonne Paris 1

Ref. code: 25595601032187GRS

(incapacités) ตามกฎหมาย[193] และเรื่องความไร้อำนาจ (incompétences) ตามกฎหมายปกครอง[194] ซึ่งมีเกณฑ์พิจารณาที่คล้ายคลึงกับเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

---

[193] มาตรา 1123 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติว่า บุคคลทุกคนสามารถทำสัญญาได้ หากเขาเหล่านั้นไม่ได้ถูกประกาศให้เป็นบุคคลหย่อนความสามารถตามกฎหมาย « Toute personne peut contracter, si elle n'en pas déclarée incapable par la loi » ซึ่งได้แก่กรณีบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้การดูแลพิทักษ์ (titulaire) ดังเช่นผู้เยาว์และผู้ไร้ความสามารถ (mineur et majeur protégé) ส่วนในกรณีของนิติบุคคล อย่างน้อยนิติบุคคลจะต้องมีตัวตนในระบบกฎหมาย และการทำสัญญาจะต้องอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ผ่านทางผู้แทนนิติบุคคล (le mandat) และผู้แทนโดยปริยาย (le mandate apparent) นอกจากนั้นการพิจารณาความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังเป็นไปตามกฎหมายมหาชน เช่น ในกรณีของสัญญาจ้างข้ารัฐการและสัญญาจัดหาของฝ่ายปกครอง ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับข้ารัฐการอาจกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมของคู่สัญญาเช่น ในเรื่องสัญชาติฝรั่งเศส อายุขั้นต่ำ หรืออาจห้ามบุคคลที่มีคุณสมบัติต้องห้ามเข้าเป็นคู่สัญญา และหากฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมถือว่าสัญญามีข้อบกพร่อง

[194] ความมีอำนาจ (l'habilitation) นั้นแบ่งออกเป็น

(1) ความมีอำนาจของหน่วยงานในการเป็นคู่สัญญาและทำสัญญา แบ่งออกเป็น *ความมีอำนาจเชิงบวก* ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงขอบอำนาจหรือภารกิจของฝ่ายปกครองนั้นในการทำสัญญาและจะต้องเป็นการทำสัญญาที่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ ความบกพร่องที่อาจปรากฏในกรณีนี้ก็คือ การทำสัญญาโดยนอกเหนืออำนาจของตน ไม่ว่าจะเป็นอำนาจตามกฎหมายหรือไปก้าวก่ายในงานของฝ่ายนิติบัญญัติหรือตุลาการ การทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของเอกชนอื่นๆโดยแท้ หรือเป็นการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ทางการเงินโดยแท้ (les activités économique) ทั้งที่หน่วยงานของตนไม่ใช่หน่วยงานของรัฐที่ประกอบการด้านเศรษฐกิจ กระทำการเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งขัดต่อหลักการแยกรัฐออกจากศาสนา (la sépération des Eglises et de État) การทำสัญญาจำกัดการใช้อำนาจมหาชน เช่น ตกลงในเรื่องการใช้มาตรการของตำรวจ การทำสัญญาจ้างพนักงานรัฐในลักษณะถาวรตลอดไป ซึ่งเทียบเท่ากับเป็นการแต่งตั้งข้ารัฐการ (fonctionaires)เป็นต้น ส่วน *ความมีอำนาจเชิงลบ* นั้นเป็นการพิจารณาการมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง (délégation) ให้แก่เอกชน และการสละอำนาจบางประการของฝ่ายปกครอง ซึ่งความบกพร่องเกิดขึ้นในกรณีของการทำสัญญามอบให้เอกชนทำภารกิจพื้นฐานของรัฐเช่นการป้องกันประเทศ ตำรวจ หรือกระบวนการยุติธรรม หรือสัญญาจำกัดอำนาจหรือจำกัดการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

(2) ความมีอำนาจของหน่วยงานในการลงนามในสัญญา ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของการลงนามในสัญญาเป็นหลัก เช่น การพิจารณาว่าผู้ใดมีอำนาจในการลงนามหน่วยงานตามกฎหมาย การพิจารณาในเรื่องของการมอบอำนาจและการอนุมัติให้เข้าทำสัญญา และยังเป็นการพิจารณาความมีอำนาจของตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญา ความบกพร่องในกรณีนี้ยกตัวอย่างเช่น การมีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ทับซ้อนของเจ้าหน้าที่ การไม่มีอำนาจในการลงนามในสัญญาทางปกครองของท้องถิ่นโดยฝ่ายบริหารเนื่องจากไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่น อย่างไรก็ตามพึงสังเกตว่า การ

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) ความบกพร่องเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (L'irrégularité du consentement) ได้แก่ การสำคัญผิด (L'erreur)[195] กลฉ้อฉล (le dol)[196] หรือ การข่มขู่ (la contrainte)[197] อันส่งผลต่อการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งเป็นการปรับใช้หลักกฎหมายแพ่งโดยอนุโลมเท่าที่จะปรับเข้ากับสภาพการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองได้ ทำให้ความบกพร่องเกี่ยวกับการแสดงเจตนาทางปกครองเริ่มมีบริบทที่กว้างกว่าในระบบกฎหมายเอกชนและเริ่มพัฒนาแยกตัวออกมาในระบบกฎหมายมหาชน

(3) ความบกพร่องทางกฎหมายอันเนื่องมาจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (L'irrégularité d'appréciation) ซึ่งได้แก่การเลือกคู่สัญญาและกำหนดเนื้อหาของสัญญา เช่น ไม่เคารพกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเสมอภาค (principe d'égalité) นับเป็นจุดที่ทำให้ความบกพร่องทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองแตกต่างสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนและการกระทำทางปกครองชนิดอื่น เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าสัญญาปกครองส่วนใหญ่นั้นตกอยู่ภายใต้หลักการกฎหมายแข่งขันทางการค้าอันเนื่องมาจากอิทธิพลของสหภาพยุโรปในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคของผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาประกาศการทำสัญญาและการแข่งขันที่เสรีเป็นธรรม (règle publicité et de mise en concurrence) ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการนำเข้ามาปฏิบัติและ

ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำสัญญานั้นไม่ได้เป็นเงื่อนไขที่ถึงขนาดทำให้สัญญานั้นไม่เคยดำรงอยู่เลย (l'inexistance) โปรดดู Pierre Bourdon, *infra note* 192., p.167.

[195] เช่นเดียวกับหลักการในประมวลกฎหมายแพ่ง ความสำคัญผิดแบ่งออกเป็นการสำคัญผิดในวัตถุ (objet) แห่งสัญญา และ การสำคัญผิดในสาระสำคัญ (sujet) ของสัญญา ในงานของ Pierre Bourdon ยังหยิบยกแนวคิดเรื่อง *ความสำคัญผิดทางปกครอง* (l'erreur administratif) โดยเห็นว่าการสำคัญผิดของคู่สัญญาอาจเกิดขึ้นได้จากกรณีที่เนื้อหาสัญญานั้นไม่ตรงกันกับเอกสารประกอบประกวดราคาหรือสัญญาแบบจากความสำคัญผิด ไม่ว่าจะเป็นวันที่เริ่มงานโยธาสาธารณะ ชื่อและคุณสมบัติของผู้ร่วมงาน ปริมาณเนื้องาน เป็นต้น โปรดดู Pierre Bourdon, *ibid.*, pp. 320-330.

[196] ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น อาจเกิดขึ้นได้จากการที่คู่สัญญาแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือตัวบุคคลและวัตถุแห่งสัญญา หรือเป็นกรณีการปกปิดไม่เปิดเผยข้อมูลซึ่งเป็นสาระสำคัญในการตัดสินใจทำสัญญา (TA Paris 21 avril 1971 คดี Ville de Paris contre Sieurs Ribette et Manoury et Dame Ropert) นอกจากนั้นศาลยังขยายไปถึงกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแบ่งแยกสัญญาออกเป็นหลายส่วนเพื่อลดมูลค่าสัญญาลง โดยที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยศาลชี้ว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็น dol รูปแบบหนึ่ง ในคดี *Société Campenon-Bernard et autre* (CE 19 décembre 2007)

[197] การใช้คำว่า « contrainte » แทนที่จะเป็น « violence » ในกฎหมายแพ่งนั้นมีนัยยะสำคัญอยู่ที่ว่าในกรณีของสัญญาทางปกครองยากที่เกิดกรณีการข่มขู่ให้ทำสัญญาในเชิงกายภาพทำนองเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน แต่จะเป็นนัยยะของการใช้อำนาจเหนือกดดันมากกว่า ซึ่งศาลปกครองสูงสุดปรับใช้ในกรณีที่รัฐกดดันให้ท้องถิ่นต้องทำสัญญา ทำให้การแสดงเจตนาของท้องถิ่นมีข้อบกพร่อง (CE 11 Mai 2009 คดี Ville de Toulose)

Ref. code: 25595601032187GRS

จัดระบบโดย Code de la commande publique ซึ่งประกาศใช้ในปี 2015 นอกจากนั้นตัวเนื้อหาของสัญญาทางปกครองเอง (le contenu du contrat administratif) ก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้เช่นกัน[198] ดังนั้นสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายบางอย่างก็อาจกลายเป็นสัญญาที่มีความบกพร่องทางกฎหมายได้ หากข้อสัญญานั้นเป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งศาลปกครองจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาดังกล่าว เช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายที่เอาเปรียบเกินไป เช่นข้อสัญญาที่ให้คู่สัญญาจ่ายค่าเสียหายเกินส่วนของความรับผิด (le rémunérer excessivement)[199] หรือข้อสัญญาที่กำหนดค่าตอบแทนต่ำจนผิดปกติ เช่นในกรณีของสัญญาจ้างพนักงานราชการที่มีค่าตอบแทนต่ำกว่าค่าแรงขั้นต่ำ[200] ข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดทุกประการ (irresponsibilité absolue) แม้จะเกิดเหตุสุดวิสัยก็ตาม[201] หรือข้อสัญญาที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองลงโทษคู่สัญญา (les clauses pénales) ด้วยการปรับที่สูงจนผิดปกติ[202] นอกจากนั้นข้อสัญญาที่กระทบกับบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา (les tiers) ในฐานะผู้บริโภคยังอาจเกิดความบกพร่องได้ ในกรณีที่ข้อสัญญานั้นขัดต่อหลักบริการสาธารณะซึ่งจะต้องต่อเนื่อง เสมอภาค และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานสามารถขึ้นราคาค่าบริการได้ตามใจชอบ หรือข้อสัญญาที่มีผลเป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติในการใช้บริการสาธารณะ

ในส่วนที่สองของ *Le contrat administratif illégal* ซึ่งเป็นการศึกษาผลของความบกพร่อง (les conséquences de l' irrégularité) ที่มีต่อสถานะของสัญญานั้น Pierre Bourdon เข้าสู่ปัญหาด้วยการวางหลักในเรื่องการบ่งชี้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาเสียก่อน พึงเข้าใจเบื้องต้นก่อนว่าสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le contrat administratif illégal) นั้นมีฐานมาจากความบกพร่องทางกฎหมายของสัญญา (L'irrégularité) แต่ไม่ใช่ทุกสัญญาที่มีความบกพร่องจะเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[203] ที่ศาลอาจเพิกถอนได้ กล่าวคือความบกพร่องนั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญสี่ประการคือ (1) เป็นความบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญ (L'irrégularité substantielle) (2) ก่อให้เกิดความเสียหาย (préjudiciable) (3) ไม่สามารถแยก

---

[198] ดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปว่า แม้ EU Procurement Directive จะเป็นกฎเกณฑ์หลักที่ใช้บังคับในกระบวนการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่ก็มีผลเข้ามาถึงขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาและเนื้อหาของสัญญาในบางส่วนเช่นกัน เช่นในประเด็นเรื่องการช่วงสัญญา การแก้ไขสัญญา การเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาโดยอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง การกำหนดเนื้อหาของสัญญาบางส่วน เป็นต้น ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลปกครองจะตรวจสอบข้อสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาที่เกี่ยวกับ การจ่ายเงินตามสัญญา (la rémunération), ความรับผิดของคู่สัญญา (la responsabilité) ให้สอดคล้องกับเรื่องการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรมด้วย

[199] Pierre Bourdon, *Supra note.*169, p. 280.

[200] คดี *Madame Matignon (*CE 3 novembre 1982)

[201] คดี *Société Borg Warner (*CE 28 janvier 1998)

[202] คดี *OPHLM de Puteaux (*CE 29 décembre 2008) ศาลตัดสินว่าค่าปรับเกินกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าจัดซื้อนั้นเป็นค่าปรับที่เกินกว่าเหตุ

[203] Pierre Bourdon, *Supra note.*169, p. 3.

Ref. code: 25595601032187GRS

ออกได้จากสัญญา (indissociable du contrat) และ (4) ไม่มีข้ออ้างในเรื่องประโยชน์สาธารณะ (injustifiable au regard de l'intérêt général) จึงจะทำให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เป็นความบกพร่องของสัญญาทางปกครองที่เป็นสาระสำคัญ (L'irrégularité substantielle) ซึ่งถูกนิยามโดยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Danthony* (CE Ass. 23 décembre 2011) ว่า "ความบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญหมายถึง ความบกพร่องในระหว่างการพิจารณาทางปกครองที่มีผลกระทบต่อการเลือกตัดสินใจของฝ่ายปกครอง หรือกระทบต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของบุคคล" ดังนั้น ศาลปกครองจึงได้วางหลักว่า ความบกพร่องเพียงเล็กน้อย (les vices mineurs) หรือ ความบกพร่องที่สามารถเยียวยาได้ ย่อมไม่ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในคดี CE Ass. 4 Avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne* ศาลปกครองสูงสุดเคยตัดสินยกคำขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเห็นว่าความบกพร่องในสัญญาไม่ใช่สาระสำคัญมาแล้ว[204]

ประการที่สอง เป็นความบกพร่องของสัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (L'irrégularité préjudiciable) กล่าวคือเป็นความบกพร่อง (vice) ที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ที่ร้องขอให้ศาลเพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le requérant qui l'invoque) ซึ่งอาจเป็นคู่สัญญาหรือบุคคลที่สาม ทำให้กรณีที่สัญญาทางปกครองมีความบกพร่องทางกฎหมายในเรื่องการโฆษณาหรือแข่งขันทางการค้านั้นอาจถูกเพิกถอนได้ด้วยการร้องขอของบุคคลที่สามเท่านั้น โดยคู่สัญญาไม่มีสิทธิดังกล่าวเนื่องจากไม่ได้เสียหายจากความบกพร่องนั้นนั่นเอง ซึ่งความบกพร่องที่ก่อให้เกิดความเสียหายอาจกลายเป็นความบกพร่องทางกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญได้ดังที่ศาลได้วางหลักไว้ในคดี *Manoukian* (CE 12 janvier 2011) และศาลก็ยอมรับว่ากรณีที่ความบกพร่องทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองถูกหยิบยกขึ้นต่อศาลโดยผู้ว่าการจังหวัดหรือบุคคลที่มีอำนาจทำแทนรัฐที่กำกับดูแลหน่วยงานที่ทำสัญญาทางปกครองถือว่าเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายจากความบกพร่องนั้นแล้ว[205]

ประการที่สาม เป็นความบกพร่องทางกฎหมายในการทำสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวเนื่องกับตัวสัญญาโดยตรง (l'irrégularité indissociable) กล่าวคือสัญญาทางปกครองที่มีความบกพร่องซึ่งมีความเชื่อมโยงกับตัวสัญญาเพียงผิวเผิน (le lien est à peine sensible) หรือห่างไกลจากสัญญา (dissociable) ย่อมไม่ส่งผลใดๆต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ดังเช่นที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในสามกรณี คือ ความบกพร่องจากการไม่แจ้ง (l'irrégularité de la déclaration d'utilité publique de l'opération contractuelle) (CE Ass. 20 février 1998 Ville de

---

[204] โปรดดู Didier Girard, « L'unité retrouvée du contentieux des contrats publics, sous CE Ass.,4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, n° 358994 » : Revue générale du droit *on line*, 2014, numéro 16187 เข้าถึงจาก www.revuegeneraledudroit.eu /?p=16187)

[205] CE Ass. 4 Avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne*

Ref. code: 25595601032187GRS

Vaucresson et Thalineau) ความบกพร่องในกรณีเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ด้านงบประมาณในการทำสัญญาทางปกครอง (l'irrégularité d'une dépense prévue au contrat) (CE 11 février 1955 คดี *Régis et autres*) หรือ ความบกพร่องในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำผิดเกี่ยวกับระยะเวลาที่ให้ผู้เข้าร่วมการประกวดราคาถอนคำเสนอ ซึ่งไม่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาทำกันเลย (l'irrégularité tirée de la méconnaissance du délai raisonnable entre l'information des candidats évincés sur le rejet de leur offre) (CE 19 décembre 2007 คดี *SIAEC*) ทั้งสามกรณีนี้ ไม่ถือว่าเป็นเหตุให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สี่ เป็นความบกพร่องทางกฎหมายที่ปราศจากข้ออ้างในเรื่องประโยชน์สาธารณะ (injustifiable au regard de l'intérêt général) ศาลอาจไม่ตัดสินให้สัญญาที่มีความบกพร่องเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ หากปรากฏข้ออ้างในเรื่องประโยชน์สาธารณะ เช่น กรณีที่การทำสัญญาไม่อาจสามารถทำตามแบบได้ (CE 18 Mars 1981 n°03 799) หรือกรณีที่ต้องมีการทำสัญญาเป็นการเร่งด่วน (CE Ass. 18 Janvier 1980 คดี Syndicat des postes et télécommunications du Haut-Rhin) ทำให้ฝ่ายปกครองละเว้นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาไปจนทำให้สัญญาเกิดข้อบกพร่อง

วิธีการในการทำให้สัญญาทางปกครองที่มีความบกพร่อง (irrégularité) ปรากฏเป็นรูปธรรมในชั้นศาล คือการที่ศาลปกครองโดยตุลาการผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (le juge de legalité) “ชี้”ว่าสัญญาทางปกครองที่มีความบกพร่องดังกล่าวเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le contrat administratif illégal)[206] ในคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองซึ่งถือเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มรูปแบบหนึ่งที่ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการสั่งการมากกว่าการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ในกรณีที่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และบุคคลที่สามหรือคู่สัญญาสามารถฟ้องต่อศาลปกครองเป็น *คดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองและความสมบูรณ์ของมาตรการตามสัญญา* (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat) ศาลสามารถเยียวยาสัญญา[207] (remèdes) นั้นได้ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น สั่งให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อเยียวยาความบกพร่อง สั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหายต่อบุคคลที่สามโดยยังคงความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาไว้โดยไม่

---

[206] « La seule existence d'une cause d'irrégularité du contrat administratif ne suffit pas à rendre le contrat illégal. L'irrégularité doit être "constatée" par le juge et, pour cela, elle doit remplir des conditions très précises. Elle doit être "substantielle" (i), "préjudiciable" (ii), "indissociable du contrat" (iii) et "injustifiable au regard de l'intérêt général" (iv) » โปรดดูบทสัมภาษณ์ของ Pierre Bourdon ใน Revues Lexbase Hebdo édition publique n° 335 du 12 juin 2014

[207] ในการเยียวยาความบกพร่องในสัญญา ศาลจะต้องคำนึงถึงประเภทของคดีปกครองซึ่งกำหนดอำนาจของศาล คำขอของผู้ฟ้องคดี ความสุจริตของคู่สัญญา (bonne foi des parties au contrat) และประโยชน์สาธารณะไปพร้อมๆกัน

Ref. code: 25595601032187GRS

สั่งให้มีการเลิกสัญญา หรือ อาจลดระยะเวลาในสัญญาลง และท้ายที่สุด ศาลอาจจะสั่งให้มีการเลิกสัญญา (résiliation) นั้นในกรณีที่การเยียวยาอื่นๆไม่อาจทำได้ ซึ่งการเลิกสัญญาจะมีผลไปในอนาคต ไม่มีผลย้อนหลังและไม่ส่งผลรุนแรงกับคู่สัญญา อย่างไรก็ตามศาลอาจจะใช้วิธีการ*เพิกถอน*ตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง (l'annulation หรือ l'résolution) ในกรณีที่ความบกพร่องนั้นรุนแรงอย่างมาก (grave) ในสาระสำคัญของสัญญา (irrégulière a un caractère déterminant) จนไม่อาจเยียวยาได้ และศาลเห็นสมควรที่จะต้องเพิกถอนสัญญาให้มีผลเป็นการย้อนหลัง[208] จะเห็นว่าศาลสามารถเลือกมาตรการที่เหมาะสมได้ ซึ่งศาลจะพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีและประโยชน์คู่สัญญาประกอบกับการออกคำสั่งต่างๆ เนื่องจากเป็นการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม จากการวางหลักโดยศาลปกครองสูงสุดใน คดี *Société Tropic travaux signalization* ปี 2007 และ คดี *SMIRGEOMES* ในปี 2008 ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในหัวข้อคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แสดงให้เห็นถึงความสำคัญในการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของคู่สัญญา และประโยชน์ของบุคคลภายนอกโดยเฉพาะ

กล่าวโดยสรุป ในปัจจุบันระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับแล้วว่า สัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่องนั้น อาจไม่ส่งผลต่อสถานะของสัญญาทางปกครองโดยตรง โดยในระยะแรกได้มีการพยายามนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาอธิบายความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยมาตรา 6 และมาตรา 1108 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งผลของความบกพร่องทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์และโมฆะสัมพัทธ์แล้วแต่กรณี หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญานี้นำมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนได้ตามปกติ แต่ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้นเกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับขอบเขตการปรับใช้กฎหมายเอกชนโดยอนุโลม จึงมีการสร้างแนวคิดในเรื่องเหตุแห่งความบกพร่องและผลของความบกพร่องนั้น ซึ่งก็คือ "ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง" แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่ง โดยผสมลักษณะของกฎหมายปกครอง โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง มาพิจารณาปัญหา โดยเฉพาะในเรื่องการสร้างแนวคิดในเรื่องการไม่มีอำนาจและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งนำมาซึ่งการพิจารณาความเป็นโมฆะที่แยกส่วนได้ออกจากสัญญาหลัก และการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำที่แยกออกได้ (acte détachable) กับสัญญาทางปกครอง แนวคิดเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองมีอิทธิพลอย่างสูงในช่วงปี 1990-2000 จนกระทั่งมีการตั้งคำถามถึงความเหมาะสมของการปรับใช้ทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง ในเรื่องความรุนแรงของการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาที่มีผลย้อนหลังกระทบต่อความมั่นคงของนิติฐานะเป็นอย่างยิ่ง ประกอบกับปัญหาในการหาจุดลงตัวในการให้สิทธิบุคคลภายนอกฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทำให้มีการเสนอแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งให้อำนาจศาลปกครองมากขึ้น ซึ่งมีแนวโน้มที่จะเป็นทางออกสำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส การศึกษาผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องศึกษาควบคู่ไป

---

[208] ซึ่งเป็นแนวคิดเดียวกับการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา (declaration de nullité) นั่นเอง

Ref. code: 25595601032187GRS

กับชนิดของคำฟ้องและผู้มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประกอบกันไปด้วย ดังที่จะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

3.5 การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (le contentieux des contrats d'administration)

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองอาจเกิดได้ในหลายกรณี ตั้งแต่ข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาและจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ข้อพิพาทจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจมีผู้เดือดร้อนเสียหายที่เป็นทั้งคู่สัญญาและบุคคลภายนอกก็ได้ และข้อพิพาทนั้นอาจมีการระงับข้อพิพาทได้หลายวิธี การศึกษาในหัวข้อนี้จึงแบ่งเป็นสองส่วน คือ (1) การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางศาล และ (2) การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือก ซึ่งได้แก่ การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ และการอนุญาโตตุลาการ

3.5.1 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางศาล

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นสังกัดอยู่ในระบบกฎหมายสกุลซีวิลลอว์ ซึ่งมีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน จึงมีการจัดระบบศาล ในระบบ "ศาลคู่" (double système) คดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอ**ง**ในระบบกฎหมายเอกชน จึงย่อมอยู่ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนทุกประการ ในขณะที่ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (le contentieux des contrats administratifs) นั้นมีความซับซ้อนและได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นพิเศษเพื่อให้สอดคล้องกับข้อความคิด *contrat administratif* โดยเฉพาะ ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะรายละเอียดของคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น โดยไม่ได้ลงรายละเอียดในการดำเนินคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน

คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นเป็นคดีปกครองที่มีความซับซ้อน ในอดีตคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นคดีประเภท "คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม" *(plein contentieux)* อย่างไรก็ตามในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาสภาแห่งรัฐค่อยๆเริ่มยอมรับการฟ้องคดีแบบ "คดีฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง" (*l'exces de pouvoir*) มาใช้กับสัญญาทางปกครองมากขึ้น ก่อนที่จะหันกลับไปใช้การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มโดยพัฒนาคดีที่ร้องขอให้ตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองขึ้นมาใหม่

3.5.1.1 ความทั่วไป: การแบ่งประเภทคดีปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ด้วยความที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในลักษณะทั่วไป และไม่มีมาตราไหนในประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

เลยที่ระบุเขตอำนาจศาลปกครอง[209] การฟ้องคดีปกครองจึงเป็นไปในลักษณะของการเสนอข้อพิพาทตามประเภทคำฟ้อง[210] ซึ่ง Laferrière ได้แบ่งแยก[211]คดีปกครองออกเป็นสี่ประเภทหลัก โดยใช้เกณฑ์ในเรื่องของอำนาจศาลในการพิพากษาประเด็นหลักแห่งคดีซึ่งอิงกับคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดี ได้แก่ คดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Contentieux de l'annulation มีชื่อเรียกในทางตำราว่า Recours pour excès de pouvior ; REP) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (Contentieux de pleine jurisdiction) คดีที่ศาลมีอำนาจตีความหรือยืนยันนิติสัมพันธ์ (Contentieux de l'interprétation) และคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษปราบปราม (Contentieux de la répression)

---

[209] เกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลปกครองของฝรั่งเศสมีพัฒนาการที่ยาวนาน แต่เดิมเคยถือเกณฑ์ตาม *ทฤษฎีรัฐลูกหนี้* (théorie de l'Etat-débiteur) ซึ่งก่อตัวมาจาก loi ลงวันที่ 17 juillet et 8 août 1790 และ décret ลงวันที่ 26 septembre 1793 มีสาระสำคัญว่าหากรัฐเป็นหนี้เงินในเรื่องใด เรื่องนั้นก็เป็นเรื่องในทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของตุลาการศาลปกครอง จนกระทั่งเกิดจุดเปลี่ยนในปี 1872 ด้วยคำพิพากษาของศาลคดีขัดกันในคดี *Blanco* วางหลักให้ใช้เกณฑ์จาก *ทฤษฎีบริการสาธารณะ* (service public) ในการแบ่งแยกคดีปกครองแทน กล่าวคือ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะย่อมเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง อย่างไรก็ตามเกณฑ์ในการบริการสาธารณะยังไม่อาจครอบคลุมถึงธรรมชาติของคดีปกครองเสียทั้งหมด ทำให้เกิดการโต้แย้งจากฝ่ายที่เสนอให้ใช้ *ทฤษฎีอำนาจมหาชน* (puissance publique) ซึ่งถือว่าหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนเข้ากระทำการใดๆจนเกิดข้อพิพาทย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง จนท้ายสุดเกิดการผสมผสานหลักเกณฑ์ของทั้งสองทฤษฎีในลักษณะที่การจัดทำบริการสาธารณะเองย่อมมีการใช้อำนาจมหาชน ในปัจจุบันการวินิจฉัยว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดนอกจากจะดูลักษณะของคดีตามแนวที่ศาลปกครองและศาลคดีขัดกันได้วางไว้แล้ว ยังดูกฎหมายที่ใช้บังคับ (law applicable) ซึ่งอาจเป็นจารีตประเพณีหรือบทบัญญัติเฉพาะซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลหรือยกเว้นเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาท การแบ่งแยกคดีปกครองออกจากคดีแพ่งจึงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยและยากที่จะวินิจฉัยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสัญญาทางปกครอง เป็นสาเหตุให้เกิดเทคนิคในเรื่อง *สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนด* ขึ้นมาแก้ไขปัญหานี้โดยเฉพาะ

[210] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์, ปีที่ 40, ฉบับที่ 2, น. 266 (มิถุนายน 2554).

[211] ในปี ค.ศ. 1887 ใน ตำรากฎหมายปกครอง Laferrière ได้สานต่อความคิดในเรื่องการแบ่งประเภทคดีปกครองต่อจากแนวคิดของ Jean-Léon Aucoc อย่างไรก็ตาม Lèon Duguit คัดค้านแนวคิดของ Laferrière ในการแบ่งแบบประเภทคดีปกครองโดยอิงตามอำนาจศาล จึงเสนอเกณฑ์ลักษณะของข้อพิพาท เป็นคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย (Contentieux objectif) และคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ (Contentieux subjectif) ซึ่งเป็นอิทธิพลที่รับมาจากเยอรมันในเรื่องสิทธิในทางมหาชน (subjektive-öffentliche Rechte) ดู หยุด แสงอุทัย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพ: ประกายพรึก) น. 227 และ Robert Alexy, "A Theory of Constitutional Rights" ,Translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002 p.112-113)

Ref. code: 25595601032187GRS

เนื่องจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้แบ่งประเภทคดีและรูปแบบของคำฟ้องในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยตรง แต่ก็มีประเภทคดีและรูปแบบของคำฟ้องที่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางปกครอง ประเภทคดีที่สมควรกล่าวถึงอย่างสังเขปในที่นี้คือ คดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครองและคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม เพื่อให้เห็นภาพรวมที่ชัดเจนก่อนที่จะลงรายละเอียดในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อไป

ในคดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง[212] (le contentieux de l'annulation ; l'excès de pouvoir ; REP) ผู้ฟ้องคดีประเภทนี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อขอให้ศาลเพิกถอน "การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง" ซึ่งได้แก่คำสั่งทางปกครองหรือกฎ[213]

---

[212] พัฒนาการของ REP เริ่มจากยุคก่อตัว ซึ่งเป็นการการตรวจสอบการกระทำนอกเหนืออำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งมักเป็นคดีละเมิดเท่านั้น ต่อมาในยุคทองหลังจากที่ Conseil d' État มีสถานะเป็นศาลปกครองสูงสุด จึงค่อยๆสร้างหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวขึ้นมาเริ่มจากการควบคุมความชอบด้วยรูปแบบ และค่อยๆขยายไปถึงเนื้อหาในเรื่องการควบคุมดุลยพินิจทางปกครองจนถึงการควบคุมการกระทำทางปกครองให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน REP ได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงยุคร่วมสมัยที่มีการปฏิรูปกฎหมายบ่อยครั้ง เพื่อเพิ่มอำนาจของศาลในการสั่งการในคดีประเภทนี้ จนอาจกล่าวได้ว่า REP ได้เพิ่มอำนาจของศาลจนขยับเข้าใกล้คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มมากขึ้นเรื่อยๆ

[213] วัตถุแห่งคดียังอาจรวมถึงมาตรการภายในฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีที่มีความสัมพันธ์กับรัฐในลักษณะพิเศษ เช่น คำสั่งภายใน ระเบียบภายใน หนังสือเวียน หรือ แนวปฏิบัติที่กระทบกับ ข้าราชการ ทหาร นักโทษ นักเรียน เป็นต้น ในฐานะข้อยกเว้น ในอดีตวัตถุแห่งคดียังรวมถึง "การเพิกเฉย" ไม่ยอมออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองภายในสองเดือนนับแต่มีคำขอ ซึ่งระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็น "คำสั่งปฏิเสธตามคำขอโดยปริยาย" (decision implicite de rejet) ตาม มาตรา 21 รัฐบัญญัติลงวันที่ 12 เมษายน 2000 ซึ่งสามารถนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเป็นคดี REP ได้ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ถูกแก้ไขโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2013 (loi n°2013-1005) และรัฐกฤษฎีกาจำนวน 42 ฉบับที่ประกาศลงกิจจานุเบกษาในวันที่ 1 พฤศจิกายน 2014 ที่ออกตามความใน loi n°2013-1005 ปัจจุบันการเพิกเฉย" ไม่ยอมออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองภายในกลายเป็นการอนุมัติตามคำขอโดยปริยาย ตามหลักที่เรียกว่า le silence de l'administration vaut acceptation โปรดดู Gossement/Avocat, "le silence de l'administration vaut accord" (Paris, 2014) pp.1-30.

Ref. code: 25595601032187GRS

ที่ออกหรือตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย[214] ซึ่งศาลมีอำนาจในการเพิกถอน[215]การกระทำดังกล่าวโดยอาจให้การเพิกถอนดังกล่าวมีผลย้อนหลังหรือให้มีผลไปข้างหน้าในอนาคตก็ได้[216] และ มีอำนาจในการ “สั่งการ” ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติการตามคำพิพากษาได้ด้วยการออกคำบังคับ (Injonction)[217] ซึ่งหากฝ่ายปกครองไม่ทำตามศาลก็มีอำนาจกำหนดโทษปรับทางปกครอง (astriente) ได้ วิธีพิจารณาในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและรักษาประโยชน์สาธารณะ ไม่ได้มุ่งประสงค์คุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยตรง ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจึงค่อนข้างกว้าง เพียงแค่เป็นผู้ที่ประโยชน์[218] (intérêt) ของตนถูกกระทบก็นับว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่สามารถ

---

[214] ความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามแนวคิด ของ Laferrière อาจแบ่งออกได้เป็นสี่กลุ่ม คือ ความไม่มีอำนาจของเจ้าหน้าที่ (Incompétence) ความผิดพลาดในเรื่องรูปแบบขั้นตอน (vice de forme et procédure) การใช้ดุลยพินิจโดยไม่ชอบ (détournement de pouvoir) และการละเมิดกฎหมาย (violation de la loi) ซึ่งสามารถจัดระเบียบได้เป็นสองกลุ่ม ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่รูปแบบ(ภายนอก)และเนื้อหา(ภายใน)นั่นเอง

[215] ทั้งนี้ศาลปกครองอาจไม่เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการยกฟ้อง,การใช้เทคนิค *“ยกฟ้องโดยการสงวนการตีความไว้” “การย้ายฐานทางกฎหมาย”* (la substitution de base légale) หรือ เทคนิค *“การย้ายมูลเหตุจูงใจทางกฎหมาย”* (la substitution de motifs) ดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป (กรุงเทพ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) น.104.

[216] แต่เดิมในคดี *Rodière* (CE 26 décembre 1926) การเพิกถอนการกระทำทางปกครองมีผลเป็นการย้อนหลังเสมือนว่าไม่มีการกระทำทางปกครองนั้นตั้งแต่ต้น ซึ่งกระทบต่อหลักความมั่นคงของนิติฐานะ ศาลปกครองสูงสุดเพิ่งยอมรับอำนาจในการกำหนดผลทางเวลา (les modulation des effet dans le temp) ของการเพิกถอนการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองให้มีผลไปข้างหน้าโดยไม่มีผลย้อนหลังในปี 2004 ในคดี CE Ass. 11 Mai 2004 *Association AC! et autres*

[217] อำนาจในการสั่งการฝ่ายปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้นเป็นไปอย่างจำกัด ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมันในคำฟ้องประเภท Verpflichtungsklage ซึ่งมีแนวคิดเบื้องหลังในการคุ้มครองสิทธิในทางมหาชนของผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากบริบททางประวัติศาสตร์ของพัฒนาการของ Conseil d’ État เอง ที่ผู้ปฏิวัติพยายามควบคุมไม่ให้ฝ่ายตุลาการซึ่งสืบอำนาจจากระบอบเก่าเข้ามายุ่งเกี่ยวกับเรื่องภายในฝ่ายปกครอง จนเกิดการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจ “อย่างเคร่งครัด” ภายหลังเมื่อ Conseil d’ État พัฒนามาเป็นศาลปกครองสูงสุดระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงไม่ยอมให้ฝ่ายตุลาการออกคำสั่งฝ่ายปกครองให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยตรง เพราะถือว่าการสั่งโดยองค์กรตุลาการดังกล่าวเป็นการก้าวล่วงไปใช้อำนาจบริหารของฝ่ายปกครอง ภายหลังจึงได้มีการผ่อนคลายหลักการนี้ลงโดยการออกรัฐบัญญัติ n°95-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995

[218] ประโยชน์ที่จะทำให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดี จะต้องเป็นประโยชน์ส่วนบุคคล (personnel) หรือ เป็นประโยชน์ร่วมกันขององค์กรกลุ่ม (collectif) ที่แน่นอน (certain)และโดยตรง (direct) ในทางเศรษฐกิจหรือคุณค่าอย่างใดอย่างหนึ่ง (materiel ou moral) สอดคล้องกับการ

Ref. code: 25595601032187GRS

ฟ้องคดีได้แล้ว ผลของคำพิพากษาในคดีนี้จึงต้องมีผลเป็นการทั่วไป (erga omnes) ไม่ใช่แค่คู่ความในคดี (inter partes) เท่านั้น จากสภาพของคดีที่มุ่งเน้นเพิกถอน “การกระทำ” นั่นเอง

ส่วน “คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม” (Contentieux de pleine jurisdiction) เป็นคดีที่ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวาง ตั้งแต่สั่งเพิกถอนการกระทำทางปกครอง สั่งให้ฝ่ายปกครองชำระเงินและกำหนดดอกเบี้ย ไปจนถึงสามารถกำหนดโทษปรับทางปกครองในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ทำตามคำพิพากษาได้ ทั้งนี้ศาลปกครองยังคงไม่มีอำนาจในการสั่งการเจ้าหน้าที่ในลักษณะของการเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือสั่งการแทนฝ่ายปกครองเว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจเป็นการเฉพาะ อันเป็นผลมาจากการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั่นเอง

คดีประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความเป็นสำคัญ อันเป็นการบังคับตามสิทธิเรียกร้องของคู่ความในคดีปกครองนั่นเอง เช่น จากมูลสัญญาทางปกครอง ความรับผิดก่อนสัญญา ความรับผิดคล้ายละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง เป็นต้น ผลของคำพิพากษาจึงมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความ (inter partes)

คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มอาจแบ่งแยกย่อยได้เป็นสองชนิดคือ (1) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มทั่วไป และ (2) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มในกรณีพิเศษ ซึ่งมีกระบวนพิจารณาพิเศษและศาลปกครองมีอำนาจพิเศษตามกฎหมายในการกำหนดคำพิพากษาและการสั่งการฝ่ายปกครอง เช่น กระบวนพิจารณาพิเศษเกี่ยวกับภาษีซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนวนเงิน กระบวนพิจารณาพิเศษเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่นซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการประกาศให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ กระบวนพิจารณาพิเศษในกรณีกฎหมายควบคุมอาคาร[219] ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการขยายระยะเวลา และที่สำคัญที่สุด คือ กระบวนพิจารณาพิเศษเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียดที่ศาลปกครองพัฒนาหลักการในเรื่องอำนาจในการสั่งการของ “ผู้พิพากษาในคดีสัญญา(ทางปกครอง)” (le juge contrat) ขึ้นมาแก้ไขปัญหาโดยเฉพาะ ซึ่งผู้พิพากษามีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ ละเว้นการกระทำการ ชดใช้ค่าทดแทนและค่าเสียหายได้ ซึ่งศาลจะพิจารณาว่าคู่สัญญาปฏิบัติตามข้อสัญญาหรือไม่ หรืออาจพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา ดังที่จะเสนอในรายละเอียดต่อไป

ในกรณีที่เกิดความทับซ้อนกันในลักษณะคดีระหว่างคดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครองและคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ซึ่งทำให้ข้อพิพาทอาจเข้าลักษณะคดีทั้งสองประเภทที่เรียกว่า “คำฟ้องคู่ขนาน” (recours parallèle) ผู้ฟ้องคดีจะต้องเลือกฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มแทน เนื่องจากการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง

กระทำที่ฟ้องขอให้เพิกถอน (pertinent) และเป็นปัจจุบัน (actuel) เพื่อป้องกันไม่ให้ขอบเขตการฟ้องคดีกว้างจนเกินไป จนถึงขนาดที่บุคคลทั่วไปทุกคนสามารถฟ้องได้ (actio popularis)

[219] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 204, น. 284-285.

Ref. code: 25595601032187GRS

(REP) มีเงื่อนไขว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องไม่สามารถขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยกระบวนพิจารณาประเภทอื่นได้แล้ว[220]

3.5.1.2 คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในทางตำรา Jacqueline Morand-Deviller ได้แบ่งคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็นหกประเภท[221] คือ

(1) คดีขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา (Le contentieux de la nullité) เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มชนิดหนึ่ง ที่สงวนไว้เฉพาะคู่ความในสัญญาเท่านั้น[222] และฝ่ายปกครองไม่อาจประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาได้ด้วยตนเอง (CE 2 Avril 1971 Tlati) คดีรูปแบบนี้มีความเก่าแก่ที่สุด ดังที่กล่าวมาแล้วว่าทฤษฎีเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นเกิดมาก่อนเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง โดยมักจะเกิดขึ้นเมื่อคู่ความหยิบยกประเด็นเรื่องความเป็นโมฆะขึ้นมาระหว่างพิพาทกันเรื่องสัญญา[223] การประกาศความเป็นโมฆะอาจเกิดขึ้นเฉพาะตัวข้อสัญญาหรือตัวสัญญาทั้งฉบับ หากข้อสัญญาปรากฏความบกพร่องร้ายแรง (irrégulière a un caractère déterminant) โดยหลักแล้วการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญานั้นไม่มีอายุความ อย่างไรก็ตามการหยิบยกความเป็นโมฆะของสัญญา ในกรณีของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์ จะต้องร้องขอภายใน 30 ปี ซึ่งเป็นหลักกฎหมายแพ่งที่อนุโลมมาใช้กับสัญญาทางปกครอง

เมื่อศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา สัญญาจะไม่เกิดผลบังคับเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ใดๆ (CE 13 Juillet 1961 *Société d'entreprises générales de travaux publics pour la France et les colonies*) และคู่สัญญาย่อมกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่เคยทำสัญญากันมาก่อนเลย โดยไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากฐานของสัญญาได้ ซึ่งตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนี้ ถ้าหากไม่สามารถทำให้ฐานะของคู่สัญญากลับคืนดังเดิมได้ก็ต้องมีการเรียกร้องกันตามหลักลาภมิควรได้ทางปกครอง (le principe de l'enrichssement sans cause) ซึ่งเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้ใน คดี *Société Citécable Est* (CE 20 Octobre 2000) [224]

---

[220] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง,*น. 272. โปรดดู "หลักปราศจากคำฟ้องอื่นคู่ขนาน" (absence de recours parallèle) ใน ปิยบุตร แสงกนกกุล *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 209, น.178.

[221] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note. 23*, pp. 417-424. ซึ่งเป็นการแจกแจงให้เห็นภาพชัดเจน แตกออกมาจากคดีปกครองหลักสองประเภท คือ REP และคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม

[222] Jacqueline Morand-Deviller, *Ibid.* p.417.

[223] ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงความสุจริตของผู้กล่าวอ้างความเป็นโมฆะด้วย ตามหลัก *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* แปลได้ว่า "ผู้ที่หยิบยกความชั่วช้าของตน ไม่สมควรได้รับฟัง"

[224] ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์ "เหตุความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 14, ฉบับที่ 4, น. 71-90 (ตุลาคม-ธันวาคม 2557).

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) คดีขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le contentieux de l'annulation ; l'excès de pouvoir ; REP) ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญา

ด้วยสภาพที่ไม่เปิดช่องให้บุคคลที่สามฟ้องขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา และด้วยสภาพที่คดีแบบ REP นั้นไม่สามารถใช้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้โดยตรง เนื่องจากสัญญาทางปกครองนั้นไม่ใช่การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (acte unilatéal) จึงไม่ใช่วัตถุแห่งคดีในการฟ้องคดีแบบ REP (C.E. 22 Avril 1988 คดี *Labit*) เป็นระยะเวลามากกว่าหนึ่งร้อยปี ตั้งแต่การวางหลักในปี 1897 ในคดี *Le Buf* [225] ที่ศาลปกครองวางหลักการไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำทางปกครอง (REP) เพื่อขอเพิกถอนตัวสัญญาโดยตรง ทำให้เกิดข้อถกเถียงเนื่องจากสภาพของสัญญาทางปกครองเองเรื่องบริการสาธารณะย่อมกระทบกับบุคคลที่สาม และการทำสัญญากับฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้เรื่อง "ความเท่าเทียมกันของเอกชน ในการเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง (Principe d'égalité d'accès à la commande publique) ซึ่งจะต้องมีกระบวนการคุ้มครองบุคคลที่สามในกรณีที่การทำสัญญาที่ละเมิดหลักการดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ[226] ดังนั้นจึงมีความพยายามที่ศาลปกครองสูงสุดจะเปิดช่องขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก ให้สามารถเข้ามาฟ้องคดีแบบ REP ได้ในฐานะข้อยกเว้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายตัวสัญญาในทางอ้อม

โดยข้อยกเว้นที่ให้บุคคลที่สามสามารถฟ้องคดีแบบ REP เพื่อเพิกถอนสัญญาทางปกครองค่อยๆมีวิวัฒนาการเป็นลำดับ ตั้งแต่การปรับใช้ทฤษฎี *การกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา* (actes détachables) การให้ผู้ว่าการจังหวัดสามารถฟ้องเพิกถอนสัญญาที่ทำขึ้นโดยท้องถิ่นที่เรียกว่า déféré préfectoral ในปี 1982 การให้บุคคลภายนอกฟ้องเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งปรากฏในสัญญา (les clauses régalmentaires) ในปี 1996 การยอมรับให้บุคคลภายนอก (ซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล) ขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ในปี 1998 จนกระทั่งในท้ายที่สุดศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนา *คดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองและความสมบูรณ์ของมาตรการตามสัญญา (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat)* ในปี 2007 ด้วยการวางหลักในคดี *Société Tropic travaux signalization* เปิดช่องให้บุคคลที่สามสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง พร้อมกับ

---

[225] (CE 24 décembre 1897) โดยให้เหตุผลว่าสัญญาเป็นการแสดงเจตนาสองฝ่ายไม่ใช่ฝ่ายเดียว ไม่ได้มีสาระเหมือนกับการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง อันมีลักษณะเป็น *acte de gestion* ซึ่งบุคคลภายนอกย่อมไม่ได้รับผลกระทบจากสัญญา อันเป็นแนวคิดที่มาจากกฎหมายแพ่งในเรื่องความสัมพันธ์เฉพาะตัวของสัญญา เห็นได้ชัดว่าในสมัยนั้นยังไม่มีการยอมรับเรื่องการกระทำที่แยกออกได้ แนวคิดที่มีอิทธิพลอยู่ในสมัยนี้เป็นเรื่อง การกระทำทางปกครองเป็นหนึ่งเดียวไม่สามารถแยกออกได้ (Tout indivisible) ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยืนยันตั้งแต่คดี *Ville de Lyon* (CE 3 Août 1894)

[226] นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, "สัญญาทางปกครอง: บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่" วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41, ฉบับที่ 4, น. 860 (ธันวาคม 2555) .

Ref. code: 25595601032187GRS

วางหลักว่าเมื่อบุคคลภายนอกสามารถใช้สิทธิฟ้องเพิกถอนสัญญาได้โดยตรงแล้ว ย่อมไม่อาจฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำที่แยกออกจากสัญญาได้แล้ว ทำให้ปิดประตูการใช้คำฟ้องแบบ REP กับสัญญาทางปกครองในปัจจุบันไปโดยปริยาย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(i) การขอเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ (Acte détachable) [227]

การปรับใช้ทฤษฎีการกระทำที่แยกออกได้กับสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นครั้งแรกโดยการวางหลักโดยศาลปกครองสูงสุดในคดี *Martin*[228] ซึ่งวางหลักว่ามติของสภาจังหวัดให้ฝ่ายบริหารของจังหวัดจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา (caractére détachable) อันสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีของคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (REP) ได้

ผู้ที่มาฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาอาจเป็นคู่สัญญาหรือบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาก็ได้[229] ซึ่งบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาที่สามารถฟ้องขอเพิกถอนการกระทำที่แยก

---

[227] ทฤษฎี *การกระทำที่แยกออกได้* (Acte détachable) มีความหมายตรงตัวคือการกระทำหนึ่งอาจแยกออกได้จากอีกการกระทำหนึ่ง เป็นทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ในหลายแง่มุม เช่น ในเรื่อง *การกระทำทางรัฐบาล* (การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศบางเรื่องสามารถแยกออกได้จากการกระทำที่ได้รับการคุ้มกันจากรัฐ) *การบริหารงานภายในของเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ* (การกระทำภายในของเอกชนย่อมแยกออกจากการกระทำที่เป็นการทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย) หรือในเรื่อง *สัญญาทางปกครอง* คือ การกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองอาจแยกออกจากข้อสัญญาได้ เช่น ในคำสั่งหรือมติในกระบวนการก่อนทำสัญญา (passation du contrat) ซึ่งหน่วยงานต้องผูกพันตามกฎหมาย ระเบียบ คำสั่งของหน่วยงานที่ยอมรับหรือปฏิเสธเข้าทำสัญญา หรืออาจเป็นเรื่องในขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญา (execution du contrat) เช่น คำสั่งปฏิเสธ ซึ่งการกระทำที่แยกออกมานั้นอาจเป็นวัตถุแห่งคดีในคดีฟ้องขอเพิกถอนการกระทำฝ่ายเดียวได้ ดู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส” <u>รวมบทความวิชาการ เล่ม2 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ</u>, (กรุงเทพ : สำนักงานศาลปกครอง) น. 223 เชิงอรรถที่ 4.

[228] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดลงวันที่ 4 สิงหาคม 1905 (CE 4 août 1905) ก่อนหน้าคดีนี้สองปี ศาลปกครองสูงสุดเคยเพิกถอนการกระทำที่เป็นการ*เตรียมการจัดทำสัญญา*ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาก่อนในคดี *Commune de Gorre* (CE 1 décembre 1903)

[229] ทำให้เกิดการขอฟ้องเพิกถอนกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาในหลายขั้นตอน เช่น บุคคลภายนอกขอเพิกถอนข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็น *กฎ* ที่กระทบกับตน (อันเป็นรากฐานของคดี *Cayzeele* ที่จะกล่าวต่อไป) , คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอเพิกถอนคำสั่งใดๆที่ฝ่ายปกครองออกโดยมิได้*อาศัย*อำนาจตามสัญญาแต่คำสั่งนั้นมากระทบกับความสัมพันธ์ในการปฏิบัติสัญญาทางปกครอง (ซึ่งในเวลานั้นมีการถกเถียงในเชิงทฤษฎีว่าทำได้หรือไม่เนื่องจากมีลักษณะใกล้เคียงกับข้อพิพาทเกี่ยวกับ *fait du prince* ซึ่งเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ดูคำพิพากษาศาลสูงสุดคดี *Ministre chargé du Paln*

Ref. code: 25595601032187GRS

ออกได้จากสัญญาอาจเป็นผู้เสียภาษี ผู้ที่เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง ผู้ใช้บริการ สมาชิกสภาท้องถิ่น (กรณีสัญญาทางปกครองของท้องถิ่น)[230] โดยใช้เกณฑ์บุคคลที่มีส่วนได้เสียที่ประโยชน์ของตนถูกกระทบ ตามหลักเกณฑ์ของคำฟ้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทุกประการ และภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องไม่สามารถขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยกระบวนพิจารณาประเภทอื่นได้แล้ว ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาภายในสองเดือนตั้งแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองซึ่งในกรณีของการกระทำที่เกี่ยวกับการทำสัญญาย่อมนับแต่มีการเผยแพร่ผลการคัดเลือกผู้เข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง[231]

การกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาที่เป็นวัตถุแห่งการเพิกถอนนั้นอาจเป็นการกระทำใดๆที่เกิดขึ้นในขั้นตอนต่างๆของสัญญา แต่มักจะเป็นกรณีฟ้องขอเพิกถอน *การกระทำที่มีผลเป็นการตกลงให้มีการทำสัญญา* (décision de contracter)[232] เช่น มติขององค์กรฝ่ายสภาซึ่งเป็นเงื่อนไขในการลงนามในสัญญาของฝ่ายบริหารท้องถิ่น (ซึ่งหากไม่มีมติดังกล่าวแล้ว สัญญาย่อมมีผลเป็นโมฆะสัมบูรณ์เนื่องจากเป็นการเข้าทำสัญญาโดยปราศจากอำนาจ) มติของคณะกรรมการเสนอราคา การอนุมัติขององค์กรที่กำกับดูแล[233] เป็นต้น

เกณฑ์ในการพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา ย่อมเป็นไปเช่นเดียวกับการพิจารณาคำสั่งทางปกครองหรือกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจ หรือ คำสั่งที่เกิดจากองค์กรกลุ่มที่มีข้อบกพร่องหรือขาดองค์ประกอบในเรื่องขององค์ประชุม ทำให้มติขององค์กรกลุ่มไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คดี *Le Chaton* CE 18 novembre 1991) หรือไม่ทำตามกฎหมายในเรื่องการบังคับให้

(CE 8 Janvier 1988), บุคคลภายนอกภายนอกขอเพิกถอนคำสั่งอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งกระทบกับตน หรือกรณีขอเพิกถอนคำสั่งที่เกี่ยวกับการเลิกสัญญา (เช่นในคดี Sté TV6 CE 2 février 1987) ซึ่งบุคคลภายนอกหรือคู่สัญญาขอเพิกถอนได้ทั้งคู่ก่อนที่จะมีการวางหลักให้ไปฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มแทน

[230] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23* p.417.

[231] หากไม่มีการเผยแพร่ดังกล่าว ระยะเวลาฟ้องคดีภายในสองเดือนก็จะไม่เริ่มนับ ทำให้บุคคลภายนอกสามารถมาฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา ในเวลาที่สัญญาผ่านไปนานแล้วจนเกิดความเสียหายอย่างมากแก่คู่สัญญาได้ ทางออกที่ฝ่ายปกครองใช้ในเวลานั้น คือการนำ “ระบบการแจ้งสองชั้น” มาใช้คือให้มีการพิมพ์เผยแพร่ในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่น และปิดประกาศในสถานที่ราชการทำนองเดียวกับสัญญาพัสดุ ซึ่งไม่ได้แก้ปัญหาในเชิงทฤษฎีแต่อย่างใด ดู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 221, น. 230 นอกจากนี้ยังไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีแต่อย่างใด เนื่องจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้บังคับให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขฟ้องคดี ซึ่งต่างกับประเทศไทยอย่างมีนัยยะสำคัญ

[232] นันฒวัทน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 127, น.434.

[233] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Galland (CE 6 décembre 1872)

Ref. code: 25595601032187GRS

ปรึกษาหารือองค์กรอื่นก่อนทำสัญญา หรือ คำสั่งทางปกครองให้เข้าทำสัญญาขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะมีกฎหมายห้ามใช้วิธีการเข้าทำสัญญา (CE 1 octobre 1993 คดี *Soc. Le Yacht-club international de Bornes-les-Mimosas*)[234]

หากศาลพิพากษาเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาทางปกครอง ซึ่งส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้นถือเสมือนไม่เคยมีอยู่เลย (n'a jamais existé) อย่างไรก็ตามการเพิกถอนดังกล่าวอาจไม่มีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองเลย เนื่องจากไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา หรืออาจมีผลให้สัญญาทางปกครองนั้นเป็นโมฆะสัมบูรณ์เลยก็ได้ แต่การเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาทางปกครองที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก็มิได้มีผลกระทบโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยอัตโนมัติ[235] แต่ส่งผลให้คู่สัญญาอาจขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะ (nullité) ของสัญญา หรือขอให้เลิกสัญญา (résilier) เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้ ซึ่งไม่ได้มีกฎหมายบังคับตายตัวว่าคู่สัญญาจะต้องทำเช่นนั้น และด้วยสภาพที่คู่สัญญาไม่ได้เป็นคนขอเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา คู่สัญญาจึงย่อมไม่ได้มีความประสงค์ที่จะเลิกสัญญากันอยู่แล้ว

ทฤษฎีนี้จึงยังมีข้อบกพร่อง ด้วยเหตุที่การฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้ไม่ได้มีผลกระทบต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ ทำให้บุคคลภายนอกจะต้องรอให้คู่สัญญายกประเด็นเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญา เมื่อมีการฟ้องร้องกันเป็นคดีขึ้นสู่ศาลโดยคู่สัญญา ในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ดังนั้นหากคู่สัญญาไม่มีข้อพิพาทระหว่างกันก็จะไม่มีโอกาสที่ศาลจะได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองเลย

สภาวะเช่นนี้ก่อให้เกิดความลำบากแก่บุคคลที่สามที่ประสงค์จะทำลายสัญญาเป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อเนื่องกัน (CE Époux Lopez 7 october 1994)[236] โดยคดีแรกขอให้เพิกถอนการกระทำฝ่ายเดียวอันเป็นที่มาของสัญญา จากนั้นจึงฟ้องเป็นคดีสอง คือ เป็นคดีที่บุคคลภายนอกไปฟ้องบังคับให้ฝ่ายปกครองไปทำการยกเลิกสัญญา และท้ายที่สุด มักเกิดเป็นคดีที่สามตามมาเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาจากการที่ฝ่ายปกครองทำการเลิกสัญญานั่นเอง กว่าที่ศาลจะพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาได้ แม้จะมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ฟ้องคดีง่ายขึ้นภายหลังโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995 แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาตรา L-911 เปิดช่องให้ตุลาการสามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ด้วยหลังจากเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา อย่างไรก็ตามการแก้ปัญหานี้ไม่ได้เปิดช่องให้บุคคลที่สามฟ้องเพิกถอนสัญญาในคดีเดียว การฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาจึงไร้ประสิทธิภาพสำหรับบุคคลภายนอกเพราะมีความยุ่งยากและใช้ระยะเวลานาน และดูเหมือนว่าเทคนิคทางกฎหมายที่สร้างขึ้นนี้จะมิได้สร้างดุลยภาพอย่างแท้จริงระหว่าง ประโยชน์สาธารณะคือการ

---

[234] อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 226

[235] CE 10 décembre 2003 *Institut de recherché pour le développement* อ้างใน Pierre Bourdon, supra note. 162

[236] นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 220, น.864.

Ref. code: 25595601032187GRS

ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการคุ้มครองนิติฐานะของคู่สัญญาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามรากฐานของทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ ก่อให้เกิดการพัฒนาข้อยกเว้นที่บุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาสามารถฟ้องเพิกถอน “ตัวสัญญา”ทางปกครองโดยตรงในฐานะข้อยกเว้นอย่างยิ่ง[237] ไปอีกขั้นหนึ่ง กล่าวคือ การขอเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น “กฎ” ซึ่งปรากฏในสัญญา (คดี *Cayzeele*) และ การขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการโดยสมาชิกสภาเทศบาล (คดี *Ville de Liseux*)

(ii) การขอเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งปรากฏในสัญญา (les clauses régalmentaires)

แต่เดิมศาลปกครองสูงสุดเคยวางแนววินิจฉัยว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าบริการไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่นในคดี *Commune de Vésinet* (CE 23 Mai 1936) และคดี *Cie Française d’irrigation* (CE 30 Septembre 1969) และศาลเองก็สงวนท่าทีในการใช้อำนาจของตนในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาที่คู่สัญญาทำไว้ (CE 21/1/1944 Société d’entreprises) ในหลายคดียังยืนยันว่าศาลจะไม่เข้าไปแก้ไขข้อกำหนดเรื่องอัตราค่าบริการในสัญญา เช่นในคดี *Anriot* (CE 26/3/1926), คดี *Viette* (CE 14 Mars 1934) หรือ Société la fusion des gaz ville de Plombières (CE 14 Janvier 1955)[238]

อย่างไรก็ตามในปี 1996 ศาลได้เปลี่ยนแนววินิจฉัย ยอมรับการขอเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งปรากฏในสัญญาซึ่งเป็นการเพิกถอนข้อสัญญาโดยตรง ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักในคดี *Cayzeele* (CE 10 juillet 1996) ว่าข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาในคดี REP[239] ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ “ผู้ใช้บริการสาธารณะ” (usager des services publiques) ได้ฟ้องคดีเพื่อเพิกถอน“ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎ” ที่มีผลกระทบต่อตน เช่นในเรื่องอัตราค่าบริการในการใช้บริการสาธารณะ (clauses tarifaires)

“ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎ” เกิดขึ้นได้ในสองกรณี คือ (1) ข้อสัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ใช้บริการสาธารณะ กล่าวคือข้อสัญญากำหนดสถานะและการดำเนินการต่างๆของผู้ใช้บริการสาธารณะไว้ เช่น นักเรียนในโรงเรียนรัฐ ผู้ป่วยในโรงพยาบาลรัฐ ประชาชนผู้ใช้ทางสาธารณะ (ยกเว้นในกรณีที่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งข้อกำหนดในสัญญามีเป็นลักษณะเป็นข้อกำหนดในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนปกติ)

---

[237] Philippe Yolka, *supra note*, p.143.

[238] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 126

[239] « Considérant que les dispositions dont M.Cayzeele a demandé l’annulation ont un caractère réglementaire ; qu’elles peuvent par suite être contestées devant le juge de l’excès de pouvoir. » CE 10 juillet 1996 อ้างใน Jacqueline Morand-Deviller, *supra note 23*. p.418.

Ref. code: 25595601032187GRS

และ (2) ข้อสัญญาที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะโดยเฉพาะ *ข้อกำหนดแนบท้ายสัญญา* (Cahier des charges types) ถือว่ามีลักษณะเป็นกฎ ซึ่งกรณีนี้ยังมีการถกเถียงในทางวิชาการอยู่มาก

มีข้อสังเกตว่าการฟ้องขอเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎโดยผู้ใช้บริการสาธารณะ ไม่ได้รับผลกระทบจากการสร้างคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat) โดยศาลปกครองในคดี *Société Tropic travaux signalization* ปี 2007 หลังจากปี 2007 ยังปรากฏคำพิพากษาที่ศาลยอมให้ผู้ใช้บริการสาธารณะฟ้องขอเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎอยู่ เช่นในคดี CE 8 Avril 2009 *Association Alcaly*

(iii) การขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการโดยสมาชิกสภาเทศบาล: คดี Ville de Liseux

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี *Ville de Liseux* (CE 30 octobre 1998)[240] ได้ยอมรับให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาซึ่งมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องเพียงพอ (un tier y ayant un intérêt suffisant) ซึ่งในคดีนี้คือสมาชิกสภาเทศบาล สามารถฟ้องขอเพิกถอนสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคดีแบบ REP ได้ โดยที่เป็นการเพิกถอน “ตัวสัญญา” ทั้งฉบับไม่ใช่แค่ข้อสัญญาเฉพาะส่วน จึงนับได้ว่าศาลปกครองสูงสุดได้ขยายขอบเขตวัตถุแห่งคดีแบบ REP ให้รวมถึงสัญญาทางปกครองในที่สุด ในฐานะข้อยกเว้น[241] อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่าข้อยกเว้นนี้

---

[240] คดีนี้มีเนื้อหาคือ นาย Fanton บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาแต่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้ขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของเทศบาล (les contrats de recrutement d’agents publics) โดยเห็นว่าสัญญาจ้างไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลก่อน ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาเพิกถอนคำสั่งบรรจุให้เข้าตำแหน่ง จึงมีการอุทธรณ์มายังศาลปกครองสูงสุด ซึ่งตัดสินว่า กรณีนี้เป็นผู้ฟ้องขอเพิกถอนสัญญาเท่านั้นไม่ได้ขอเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งเห็นว่าคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเป็นการผิดหลง จึงเพิกถอนคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น และพิจารณาประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแทน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากระบวนการทำสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ข้ารัฐการประจำนั้นเข้ามีคำสั่งในหลายขั้นตอนที่เข้าลักษณะการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาได้ เมื่อรัฐบัญญัติลงวันที่ 26 มกราคม 1984 ว่าด้วยสถานภาพของข้ารัฐการท้องถิ่น มาตรา 136 ให้อนุโลมเอามาตรา 34 ที่ให้การบรรจุแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการที่กำกับดูแลท้องถิ่นก่อน มาใช้กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ข้ารัฐการประจำด้วย เมื่อการแต่งตั้งดังกล่าวไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลเมือง Lisieux จึงเป็นคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาจ้างเจ้าหน้าที่จึงเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้พิพากษาให้เพิกถอนตัวสัญญาด้วย ดู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 221 น.233.

[241] ดังที่ตุลาการผู้แถลงคดี Jacques-Henri Stahl ได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งว่า “เราควรทำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ง่ายขึ้น เช่น จะให้เอา REP มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสัญญาทาง

Ref. code: 25595601032187GRS

ใช้กับสัญญาประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเจ้าหน้าที่[242] (les contrats de recrutement des agents publics) แต่อย่างใด

(3) คดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองและความสมบูรณ์ของมาตรการตามสัญญา (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat)

คดีประเภทนี้เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มรูปแบบหนึ่งเช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคดีเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาที่ศาลมีอำนาจเต็ม มักจะเป็นกรณีที่ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง ด้วยสภาพของการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองที่มีผลย้อนหลังเสมือนไม่เคยมีสัญญาในสายตาของกฎหมายมาก่อน ซึ่งส่งผลรุนแรงต่อนิติฐานะของคู่สัญญามาก อีกทั้งการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญายังเป็นประเด็นที่หยิบยกได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ทำให้บุคคลภายนอกไม่อาจฟ้องขอเพิกถอนสัญญาโดยใช้คำฟ้องแบบคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้เลย ศาลปกครองจึงพัฒนาเทคนิคใหม่ที่เปิดโอกาสให้บุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา (tiers) สามารถร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ และสามารถกำหนดผลในคดี

ปกครองทุกประเภท” ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดของ Georges Péquignot ที่เสนอไว้ในวิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิตของตนในปี 1945 ที่ชื่อว่า *Théorie generale du contrat administratif* (Paris : A. Pédone, 1945) ว่าควรเปิดกว้างรับคำฟ้องแบบ REP ในสัญญาทางปกครอง Stahl ยังกล่าวว่าจะต้องเพิ่มความเคร่งครัดในการพิจารณากลั่นกรองความมีส่วนได้เสียของบุคคลภายนอก ด้วยการเปลี่ยนจากเกณฑ์ประโยชน์ถูกกระทบ (intérêt froissé) เป็น ถูกโต้แย้งสิทธิ (droit lésé) และต้องชั่งน้ำหนักความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา (legalité) กับความมั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญา (stabilité des situations juridiques) ตาม Théorie du bilan coût-avantage ที่ศาลปกครองสูงสุดเคยใช้ในคดี *Ville Vouvelle-Est* (CE 28 mai 1971) คือแยกว่า การกระทำที่ทำให้สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ แสดงให้เห็นถึงการยอมรับแนวคิดว่าด้วยความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง (illégalité) ซึ่งมีทั้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีเป็นสาระสำคัญและที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งศาลจะต้องเพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่บกพร่องในสาระสำคัญเท่านั้น แนวคิดนี้เป็นฐานให้กับการพัฒนา *คดีตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา* ในลักษณะที่เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ต่อไปในปี 2007 น่าเสียดายที่คำพิพากษาหลักในคดีนี้เองก็ไม่ได้กำหนดให้ความมีส่วนได้เสียแคบลงแต่อย่างใด ซึ่งยิ่งตอกย้ำให้เห็นความไม่เหมาะสมของการแบ่งประเภทคดีปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เป็นอุปสรรคกับคู่ความและความไม่เหมาะสมของการการฟ้องคดีแบบ REP ในคดีสัญญาทางปกครอง

[242] บุคลากรของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีหลายประเภท ซึ่งข้ารัฐการ (Fonctionnaire) จะมีความถาวรในการทำงานไม่เหมือน เจ้าหน้าที่ (Agent) ซึ่งมีสามประเภทคือ *ลูกจ้าง* (les agents contractuelle) ซึ่งเป็นประเด็นในคดีนี้ *ผู้ร่วมงานอาสาสมัคร* (les collaborateurs bénévoles) และ *ผู้ร่วมงานที่ถูกเกณฑ์มา* (les collaborateurs requis) ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ,พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551) น.121

Ref. code: 25595601032187GRS

โดยเคารพ*หลักความเป็นธรรมในสัญญา* (loyauté des relations contractuelles ; Fairness of contractual relations) และมุ่งสร้างเสถียรภาพในสัญญาไปด้วย (L'objectif de stabilité des relations contractuelles) โดยใช้วิธีการที่มีความรุนแรงและมีผลกระทบน้อยกว่าการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง เช่น สั่งให้แก้ไขสัญญาบางข้อ หรืออาจให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาต่อไปภายใต้เงื่อนไขที่ว่าฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขความบกพร่องหรือความผิดพลาดให้ถูกต้อง[243] หรือศาลอาจสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับความเสียหาย และอาจสั่งให้เลิกสัญญาได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าการเลิกสัญญาไม่ได้ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง[244] ถือเป็นการสร้างสมดุลระหว่างหลักความมั่นคงของนิติฐานะของคู่สัญญา (Principe de la sécurité des cocontractants) ของสัญญาที่มีผลบังคับใช้แล้ว ไปพร้อมกับคุ้มครองประโยชน์สาธารณะคือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาและการควบคุมไม่ให้เกิดความวุ่นวายจากผลย้อนหลังจากสัญญาที่เป็นโมฆะ ถือเป็นการสร้างสมดุลอย่างที่การเพิกถอน Ache détachable ไม่อาจทำได้ แม้จะเป็นการให้อำนาจแก่ตุลาการอย่างมากก็ตาม

พัฒนาการของคดีประเภทนี้เริ่มจากการวางหลักคดี *Société Tropic travaux signalization*[245] ในปี 2007 เปิดช่องให้ผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง (concurrents évincés)[246] สามารถยื่นขอตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ที่ได้รับเลือกเป็นคู่สัญญาได้ ภายในระยะเวลาสองเดือนหลังจากที่มีการลง

---

[243] ในกรณีที่เป็นความผิดพลาดเล็กน้อย (l'illégalité vénielle, irrégularité minor) ซึ่งศาลไม่จำเป็นที่จะต้องเพิกถอนสัญญาทั้งหมดหรือไม่ร้ายแรงถึงขั้นต้องประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา ถือเป็นเทคนิคทำนองเดียวกับการไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

[244] ปิยภรณ์ ชัยวัฒน์, "การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองโดยบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาและผลที่เกิดขึ้นต่อการเปลี่ยนไปของแนวคำวินิจฉัยของศาล," วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 12, ฉบับที่ 1 น. 129 (มกราคม-มีนาคม 2555).

[245] (CE 16 Juillet 2007) คดีมีรายละเอียดว่า สภาหอการค้าและอุตสาหกรรมเมือง Pointe-à-Pitre ตัดสินใจสร้างเครื่องให้สัญญาณจราจรทางอากาศ จึงดำเนินการประกวดราคา ปรากฏว่าบริษัทผู้ไม่ได้รับเลือกให้เข้าทำสัญญายื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธไม่รับการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดี เพิกถอนคำสั่งที่ให้บริษัท Rugoway ได้รับเลือกให้เข้าทำสัญญาและเพิกถอนการลงนามในสัญญาจ้างและการประกวดราคาทั้งหมด คดีไปถึงชั้นศาลปกครองสูงสุด แม้ศาลจะตัดสินไม่รับคำฟ้อง แต่ก็เป็นการตัดสินเนื่องจากเรื่องระยะเวลาฟ้องคดี ไม่ใช่เรื่องรูปแบบคำฟ้อง โปรดดู ปิยภรณ์ ชัยวัฒน์, *เพิ่งอ้าง*, น.127-135.

[246] ผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง คือ คู่แข่งในการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองที่*อาจ*สนใจเข้ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาและมีคุณสมบัติพร้อมในการเป็นผู้แข่งขันประกวดราคา (ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เข้าร่วมในกระบวนคัดเลือกในครั้งที่ผ่านมาที่ได้คู่สัญญาคนปัจจุบัน ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองสมยอมกับคู่สัญญาหรือไม่ทำการโฆษณาเชื้อเชิญให้ทำสัญญา ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้ได้รับการยืนยันในคดี CE Avis 11 Avril 2012 Soc.Gouelle) ดู Jacqueline Morand-Deviller, *ibid.* ในเชิงอรรถที่ 21, p. 419.

Ref. code: 25595601032187GRS

นามในสัญญา และสามารถขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวแบบ référé suspension ได้ นับเป็นนวัตกรรมใหม่ที่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกสามารถฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มและการขยายอำนาจการสั่งของตุลาการในคดีสัญญาทางปกครอง

พัฒนาการขั้นต่อมาคือการวางหลักในคดี *Commune de Béziers (Béziers 1)* [247] ในปี 2009 ซึ่งสืบเนื่องมาจนถึงคดี *Commune de Béziers (Béziers 2)*[248] ในปี 2011 คำพิพากษาชุดนี้กลับหลักการเดิมในปี 1868 (ในคดี *Gouelet* [249]) ที่ว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจเพิกถอนการใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายปกครอง (เว้นแต่เป็นกรณีที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบการเลิกสัญญาอยู่แล้วในคดีสัญญาที่กระทบต่อเอกชนอย่างมาก เช่น สัญญาสัมปทาน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในคดี *Deplanque*[250]) โดย*กลับแนววินิจฉัย* ให้สิทธิคู่สัญญาสามารถฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มตรวจสอบเพื่อเพิกถอนการเลิกสัญญาดังกล่าวได้ (annulation des mesures de résiliation) และสามารถขอให้ศาลรักษาสภาพความสัมพันธ์ตามสัญญาให้อยู่ดังเดิม (reprise des relations contractuelles) ได้ภายในสองเดือนที่ได้รับแจ้งคำสั่งให้เลิกสัญญา[251] โดยสามารถขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวแบบ référé suspension ได้ นับเป็นการที่ศาลเข้ามาตรวจสอบ “ความสมบูรณ์ของมาตรการตามสัญญา” ซึ่งก็คือการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองนั่นเอง

มากไปกว่านั้นในปี 2014 ศาลปกครองสูงสุดยังได้วางหลักใน คดี *Département du Tarn-et-Garonne* รับรองสิทธิการฟ้องคดีของบุคคลที่สามผู้ซึ่งอาจเดือดร้อนเสียหายจากการกระทบสิทธิโดยตรงและแน่นอนจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาหรือข้อสัญญานั้น ในการฟ้องขอให้ผู้พิพากษาในคดีสัญญาตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองและข้อสัญญาซึ่งแยกออกจากตัวสัญญานั้น แม้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่มีลักษณะเป็นกฎก็ตาม

อาจกล่าวได้ว่าการฟ้องคดีประเภทนี้เป็นผลพวงมาจากการพัฒนาแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งส่งผลดีในแง่ที่ว่าศาลไม่จำเป็นต้องประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองในทุกกรณี และอาจไม่ต้องทำการเพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณีหากเป็นเพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเล็กน้อย โดยศาลปกครองจะประสานประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของคู่สัญญา

---

[247] CE Ass. 28 décembre 2009

[248] CE sect. 21 Mars 2011

[249] CE 20 février 1868

[250] CE 31 Mai 1907 และสัญญาอื่นๆทำนองเดียวกันที่มีระยะเวลายาวนาน เช่น คดี *SIMA* (CE 26 Novembre 1971)

[251] Jacqueline Morand-Deviller, *supra note* 21 p. 419 และ Philippe Yolka, *supra note* 4 p.153

Ref. code: 25595601032187GRS

ประโยชน์ของบุคคลที่สาม ภายใต้หลักความเป็นธรรมในความสัมพันธ์เชิงสัญญา[252] และชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ทั้งหลาย เห็นได้ชัดว่าศาลปกครองมีอำนาจในการสั่งการมากขึ้นกว่าการเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา (Acte détachable) ซึ่งศาลทำได้แค่ “เพิกถอนหรือไม่เพิกถอน” การกระทำที่แยกออกได้เท่านั้น หากศาลตัดสินใจเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้แล้วก็ทำได้แค่ตัดสินว่าจะเพิกถอนสัญญาไปด้วยหรือไม่ ไม่อาจใช้วิธีการชั่งน้ำหนักได้อย่างเต็มที่ การฟ้องคดีประเภทใหม่นี้จึงแสดงให้เห็นถึงการขยับใกล้กันระหว่างประเภทคดีทั้งสองชนิดเพื่อแก้ปัญหาเชิงระบบ

(4) คดีฟ้องเพิกถอนสัญญาโดยผู้ว่าการจังหวัด (déféré préfectoral) หรือโดยผู้แทนของรัฐ (déféré ouverts à l’État) สาเหตุที่ต้องแยกคดีประเภทนี้ออกมาเป็นอีกชนิดหนึ่ง เพราะในช่วงแรกของพัฒนาการคดีประเภทนี้มีลักษณะเป็นคดีขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (REP) แต่ได้กลายมาเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มหลังจากปี 2011

คดีประเภทนี้มีพัฒนาการเริ่มต้นจากการฟ้องคดีโดยผู้ว่าการจังหวัด ก่อนที่จะขยายไปใช้กับผู้แทนของรัฐในตำแหน่งอื่นๆ[253] เช่น รัฐมนตรี (ministre) คณะกรรมาธิการ (hauts-commissaires) ผู้อำนวยการศูนย์สุขภาพประจำภูมิภาค (directeurs des agences régionales de santé) หรือ อธิการบดี (recteurs d’académic) ในการขอเพิกถอนสัญญาที่ทำโดยหน่วยงาน[254] ที่ตนมีหน้าที่กำกับดูแล

---

[252] หลักความเป็นธรรมในความสัมพันธ์เชิงสัญญา (La loyauté contractuelle) เป็นส่วนหนึ่งของหลักการเคารพความผูกพันตามสัญญา (Le respect des engagements) ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งที่สำคัญของการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง (Principes directeurs de l’exécution) ความยุติธรรมในความสัมพันธ์เชิงสัญญาเกิดจากการที่คู่สัญญา(โดยเฉพาะฝ่ายปกครอง) เคารพหลักสุจริต (bonne foi ; good faith) หลัก *Nemo auditor proriam turpitudinem allegans* (no one should be heard, who invokes his own guilt) และ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (Principe de confiance légitime; principle of legitimate expectation ซึ่งเป็นหลักการในระดับประชาคมยุโรป ซึ่งรับอิทธิพลมาจากกฎหมายปกครองเยอรมัน) ดู Philippe Yolka, *supra note* 4 pp.96-97.

[253] Didier Girard, « L’unité retrouvée du contentieux des contrats publics, sous CE Ass.,4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, n° 358994 » : Revue générale du droit *on line*, 2014, numéro 16187 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=16187)

[254] ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นการทำสัญญาในนามของรัฐ (État) ทั้งหมด เนื่องจากหน่วยงานต่างๆไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคล หากแต่ความเป็นนิติบุคคลนั้นอยู่ที่รัฐ ดู โภคิน พลกุล, “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส,”วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 6 ตอน 2 น.292 (สิงหาคม 2530)

Ref. code: 25595601032187GRS

จากการปฏิรูประบบท้องถิ่นและการออกกฎหมายกระจายอำนาจในปี 1982 (loi n°82-213 2 Mars 1982)[255] ได้ให้อำนาจกับผู้ว่าการจังหวัด (préfet) ในการร้องขอต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบ *"การกระทำของท้องถิ่นที่กฎหมายกำหนดให้ต้องผ่านการพิจารณาของผู้ว่าการจังหวัดก่อน"* (actes des collectivités locales*)* โดยอาจใช้เงื่อนไขในทำนองเดียวกับคดีที่ขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครอง[256] (REP) ซึ่งอาจส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางอ้อมจากการที่ผู้ว่าขอเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญาที่ท้องถิ่นทำขึ้นนั่นเอง หรืออาจเป็นการขอตรวจสอบ "ตัวสัญญา" โดยตรงเป็นคดี REP ในฐานะข้อยกเว้นอย่างยิ่งเลยก็ได้ ผู้ว่าการมีสิทธิขอให้ศาลตรวจสอบสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครองซึ่งประมวลกฎหมายท้องถิ่น (CGCT) ได้กำหนดไว้ให้เป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้ต้องผ่านการพิจารณาของผู้ว่าการจังหวัดก่อน เรียกสัญญาเหล่านี้ว่า "les contrats soumis à transmission obligatoire"[257] โดยจะต้องฟ้องคดีภายในระยะเวลาสองเดือน นับตั้งแต่วันที่ผู้ว่าการจังหวัดได้รับสัญญาจากท้องถิ่น (ซึ่งปกติท้องถิ่นจะส่งสัญญาดังกล่าวให้ผู้ว่าพิจารณาภายใน 15 วันหลังลงนามในสัญญา[258]) นับเป็นวิวัฒนาการที่สำคัญอย่างหนึ่งที่ทำให้ศาลปกครองยอมรับการให้บุคคลภายนอกสามารถฟ้องคดีสัญญาทางปกครองได้ ต่อมาในปี 1994 ศาลยังยอมรับให้ผู้ว่าการจังหวัดยังสามารถฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบสัญญาที่ท้องถิ่นจัดทำขึ้นที่ประมวลกฎหมายท้องถิ่นไม่ได้กำหนดให้ต้องผ่านการพิจารณาของผู้ว่าการจังหวัด (contrat non soumis à l'obligation de tranmission)[259] ในคดี *Dpt de la Sarthe* (CE 4 Novembre 1994) นอกจากนี้ผู้ว่าการจังหวัดยังสามารถขอให้ศาลใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวได้ทุกชนิดหากผู้ว่าการจังหวัดเห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเกิดความเสียหายร้ายแรง

จนกระทั่งในปี 2011 ศาลปกครองได้วางหลักในคดี CE 23 décembre 2011 *Ministre de l'intérieur* ให้อำนาจผู้ว่าการจังหวัดในการฟ้องคดี déféré préfectoral เป็นประเภทคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม[260] ซึ่งหมายความว่าอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดคำพิพากษาจะกว้าง

---

[255] Philippe Yolka, *Supra note* 4 p. 148.

[256] CE 26 Juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie*

[257] เช่น สัญญากู้ยืมเงินของท้องถิ่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ สัญญามอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาร่วมทุนของท้องถิ่น เป็นต้น

[258] นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่226, น.444 มีข้อสังเกตว่า สัญญาที่ต้องส่งให้ผู้ว่าการจังหวัดจะมีผลบังคับใช้ก่อนวันที่ได้รับเห็นชอบไม่ได้ตามนัยยะของคำวินิจฉัยคดี CE 9 Fevier 1994 *Min. de l'Equipment* จะเห็นได้ว่าสัญญาเกิดแล้วในความเป็นจริง เพียงแต่มีข้อบกพร่องในเงื่อนไขเรื่องการให้ความเห็นชอบขององค์กรผู้มีอำนาจเท่านั้น

[259] สัญญาดังกล่าวกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องผ่านการพิจารณาของผู้ว่าการจังหวัด แต่อาจถูกตรวจสอบพิจารณาโดยผู้ว่าการจังหวัดได้เช่น กรณีที่บุคคลหรือนิติบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากสัญญาร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดภายในสองเดือนที่สัญญาใช้บังคับ ซึ่งต่อมามีคำพิพากษายืนตามแนวนี้คือคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น เมือง Dijon ลงวันที่ 9 Mai 1995 คดี *Bessis*)

[260] Philippe Yolka, *supra note 4* p.148.

Ref. code: 25595601032187GRS

ขึ้นกว่าการเพิกถอนสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยในคดีนี้เท่ากับปิดประตูตายการฟ้องคดีแบบ REP โดยผู้ว่าการจังหวัดไปโดยปริยาย เนื่องจากคดี REP มีเงื่อนไขในการฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีต้องไม่อาจขอฟ้องเป็นคดีประเภทอื่นได้[261]

(5) คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ขัดกับหลักการแข่งขันทางการค้า (le contentieux des pratiques anticoncurrentielles)

คดีประเภทนี้เป็นคดีปกครองที่มีความเกี่ยวพันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า (loi de la concurrence) ซึ่งเป็นอิทธิพลที่ฝรั่งเศสได้รับมาโดยตรงจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งส่งผลกระทบทั้งในแง่มุมของการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ตั้งแต่การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครอง ไปจนถึงการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อปฏิรูปวิธีคุ้มครองชั่วคราวในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

หลักการแข่งขันอย่างเสรีนั้นถือเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้า ไม่เช่นนั้นกฎหมายดังกล่าวจะมีปัญหาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ (CC QPC 12 Octobre 2012 คดี *Soc. Caal Plus*)

รัฐกำหนด (Ordonnance) ลงวันที่ 1 ธันวาคม 1986 ซึ่งแก้ไขโดยรัฐบัญญัติ (loi) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995 ซึ่งปัจจุบันได้ถูกผนวกเป็น มาตรา 410-1 ถึง 470-8 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Code de commerce) นั้นถือเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดย มาตรา 53 ของรัฐกำหนดดังกล่าว (มาตรา 410-1 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์) ได้กำหนดให้นำข้อบังคับเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในรัฐกำหนดนี้ มาใช้บังคับกับนิติบุคคลมหาชนด้วย กล่าวคือ กิจกรรมด้านการผลิต จำหน่าย การบริการทุกประเภท และข้อตกลงในการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ (délégation de service publique) ย่อมอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามรัฐกำหนดนี้ด้วยนั่นเอง

โดยหลักอำนาจในการลงโทษ เช่น การสั่งปรับ หรือสั่งให้หยุดการกระทำใดๆ เมื่อเกิดพฤติกรรมที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้าจะเป็นของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (l'Autorité de la concurrence) ซึ่งคำสั่งดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แห่งกรุงปารีสในแผนกการแข่งขันทางการค้า แต่เมื่อปรับใช้กับกรณีสัญญาของฝ่ายปกครอง หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่มุ่งหมายในการควบคุมการแข่งขันทางการค้า เช่นการสมยอม (entente) หรือการบิดเบือนอำนาจ (abus de position dominante) การไม่ทำตามกฎระเบียบในการเข้าทำสัญญา ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าการพิจารณาการกระทำดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจของใคร

ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงพยายามดึงอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองไว้ที่ตน โดยเฉพาะในสัญญาที่เกี่ยวกับการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติ Sapin ประเด็นนี้มีข้อยุติในคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี *Ville de Pamiers*

---

[261] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 204* น.272.

Ref. code: 25595601032187GRS

(TC 6 Juin 1989) และชัดเจนในคดี *Datasport* (TC 4 Novembre 1996) ซึ่งกำหนดให้การตรวจสอบความสอดคล้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสัญญาของฝ่ายปกครองและการกระทำที่เกี่ยวข้อง เป็นอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงได้วางหลักเพิ่มเติมในคดี *Société Million et Marais* (CE 3 Novembre 1997) มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม (règal de la concurrance) ทำให้ผู้พิพากษาศาลปกครองทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีแข่งขันทางการค้า (juge de la concurrence) ด้วยในเวลาเดียวกัน[262]

ศาลปกครองยังมีบทบาทในการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองที่ขัดกับกฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องการแข่งขันเสรีเป็นธรรม เช่นในคดี Tête (CE Ass. 6 Février 1998) กรณีสัมปทานงานสาธารณะ concession de traveux และคดี Communauté des communes du Piémont-de-Barr (CE 20 Mai 1998) ในกรณีการจัดซื้อจัดจ้าง

ปัจจุบันคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองอาจไม่ได้จบแค่เพียงในชั้นของศาลปกครองสูงสุด แต่อาจไปถึงศาลยุติธรรมยุโรป (CJUE) ซึ่งหลักที่ศาลยุติธรรมยุโรปวางไว้ย่อมเป็นบ่อเกิดของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า (règal de la concurrance) ในการพิจารณาคดีของศาลภายในรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ที่ต้องศึกษาโดยละเอียดต่อไป

ด้วยสภาพปัญหาเกี่ยวกับคดีสัญญาทางปกครองที่ไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกฟ้องเพิกถอนสัญญา ทำให้ฝรั่งเศสต้องปรับตัวเข้ากับกฎหมายของประชาคมยุโรปอย่างมาก แนวคิดเรื่อง

---

[262] ปกติแล้วหน้าที่ในการควบคุมการแข่งขันที่เป็นธรรมและการออกคำสั่งลงโทษเอกชนหรือฝ่ายปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเป็นของ *สภาควบคุมการแข่งขันทางการค้า* (Conseil de la concurrence) ที่ต่อมากลายเป็น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (l'Autorité de la concurrence) ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นองค์กรยุติธรรม (caractère juristdictionnel) แม้จะมีอำนาจในการกำหนดโทษก็ตาม ทำนองเดียวกับสภาวิทยุกระจายเสียง (CSA) หรือ กรรมการจัดการตลาดหลักทรัพย์ (COB) ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรอิสระทางปกครอง (les autorités administratives indépendantes ; AAI) โปรดดู ปาลีรัฐ ศิริวรรณพฤกษ์, “ตุลาการกับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมตามหลัก équité,” ใน www.pub-law.net ตัวอย่างของการทำงานของสภาควบคุมการแข่งขันทางการค้า เช่น การลงโทษบริษัทผู้ประกอบการโทรศัพท์มือถือสามรายใหญ่ คือ SFR, Bouygues และ Orange เนื่องจากสมยอมกันไม่ให้เกิดการแข่งขันในตลาด ในเดือนธันวาคมปี 2005 ส่วนในเรื่องของความผิดตามกฎหมายอาญา เช่นความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาและความไม่โปร่งใส ย่อมอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาคดีอาญา (Juge pénal)

สำหรับรายละเอียดแนวคิดเรื่ององค์กรอิสระทางปกครอง โปรดดู วิษณุ วรัญญู, องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ, (กรุงเทพ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538) และ ดิสทัต โหตระกิตย์, “องค์กรที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย,” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม, (กรุงเทพฯ : บริษัท ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด, 2554) น.39-40.

Ref. code: 25595601032187GRS

วิธีการคุ้มครองชั่วคราว[263] เฉพาะเรื่องในสัญญาของฝ่ายปกครอง[264] จึงได้รับการหยิบยกเป็นประเด็นมากขึ้นเรื่อยๆ จากอิทธิพลของ Directive “recours”[265] (n° 89/665/EEC) ลงวันที่ 21 ธันวาคม 1989 กรณีการจัดซื้อจัดจ้างในกิจการทั่วไป (secteurs classiques) Directive 89/665/EEC ยังใช้ประกอบกับ Directive 92/13/EEC ลงวันที่ 4 มกราคม 1992 (ซึ่งแก้ไขโดย Directive 2007/66/EC ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2007) ในกรณีที่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างในกิจการพิเศษ (secteurs exclus ; Utilities Sectors ในภาษาอังกฤษ) เช่น กิจการเกี่ยวกับน้ำ พลังงาน การขนส่ง โทรคมนาคม เป็นต้น ทำให้ฝรั่งเศสต้องสร้างเทคนิคการขอคุ้มครองชั่วคราวใหม่คือ *le référé précontractuel* (ตาม loi รัฐบัญญัติลงวันที่ 4 มกราคม 1992) และต่อมาเมื่อมีการออก Directive 2007/66/EC ในวันที่ 11 ธันวาคม 2007 ทำให้ฝรั่งเศสสร้างเทคนิคการขอคุ้มครองชั่วคราวใหม่ขึ้นมาอีกชนิดหนึ่งเรียกว่า *le référé contractuel* (ตาม ordannance รัฐกฤษฎีกาลงวันที่7 พฤษภาคม 2009 ประกอบกับ décret ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2009) การขอคุ้มครองชั่วคราวด้วยวิธีการฉุกเฉินทั้งคู่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ

(i) คำขอฉุกเฉินในกระบวนการก่อนสัญญา (le référé précontractuel)

le référé précontractuel เป็นกระบวนพิจารณาเร่งด่วนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อขอให้ศาลเข้ามาพิจารณาและสั่งการเพื่อมิให้มีการลงนามในสัญญา ทั้งนี้เพื่อไม่ให้มีการเพิกถอนสัญญาในภายหลังซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายมูลค่า

---

[263] วิธีการคุ้มครองชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (CJA) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้รับการปฏิรูปในปี 2000 ซึ่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่นิยมบังคับใช้กับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก่อนที่จะมี référé précontractuel ได้แก่ การใช้ référé-suspension (CJA art. L 521-1) กับการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้ การใช้ référé-conservatoire (CJA art. L 521-3) เพื่อให้ตุลาการออก injunction สั่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและออกมาตรการใดๆเพื่อคุ้มครองคู่ความ และการใช้ référé-provision (CJA art. R 541-1) ในการให้ฝ่ายปกครองวางเงินในคดี ปัจจุบันมีวิธีคุ้มครองชั่วคราวแบบใหม่ซึ่งใช้ในคดีสัญญาโดยเฉพาะคือ référé précontractuel และ référé contractuel ซึ่งต้องทำความเข้าใจก่อนว่าแม้ référé précontractuel และ référé contractuel จะมีชื่อเป็นคำขอคุ้มครองชั่วคราวก็ตาม แต่ผลของการพิจารณานั้นกลับตัดสินลึกลงไปถึงเนื้อคดี référé précontractuel และ référé contractuel จึงมีความหมายแตกต่างกับ référé อื่นๆอย่างมีนัยยะสำคัญ

[264] เนื่องจากในประชาคมยุโรปมีทั้งสมาชิกเป็นประเทศที่มีและไม่มีแนวคิดในเรื่อง Contrat administratif กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐจึงต้องบังคับใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองทั้งสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครองทั้งคู่

[265] Remedies Directives for the Public Sector ในภาษาอังกฤษ

Ref. code: 25595601032187GRS

มากกับคู่สัญญา[266] ซึ่งจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญากันมาอย่างยาวนาน

คำขอประเภทนี้เป็นคำขอฉุกเฉินที่ใช้บังคับกับทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง (เช่นในกรณีที่สัญญาทำขึ้นโดยวิสาหกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ- enterprise publique ซึ่งเข้านิยามของ Contracting Authority ซึ่งถือเป็นสัญญาภาครัฐ- Public contract ในกฎหมายสหภาพยุโรป) โดยอาศัยฐานทางกฎหมายดังนี้

ในกรณีสัญญาทางปกครอง ฐานทางกฎหมายของ référé précontractuel มาจากประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA) มาตรา L. 551-1 ถึง L. 551-4 กรณีที่สัญญาทำโดย *ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา* (*les pouvoirs adjudicateur ; contracting authorities)* ซึ่งเป็นคำทางกฎหมายเฉพาะที่ใช้เรียกหน่วยงานทางปกครองที่เข้าทำสัญญากรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองในกิจการทั่วไป (secteurs classiques) ซึ่งจะเหมือนนิยามใน EU Public Procurement Directive และ มาตรา L. 551-5 ถึง L. 551-9 บังคับใช้ในกรณีสัญญาทำโดย *องค์ภาวะผู้เข้าทำสัญญา* (*les entités adjudicateur ;* contracting entity) ซึ่งเป็นคำที่ใช้เรียกหน่วยงานทางปกครองในการจัดหา (procurement) ในกิจการพิเศษ (secteurs exclus) เช่น กิจการไฟฟ้า ก๊าซ น้ำ พลังงาน การขนส่งมวลชน โดยเฉพาะเป็นกิจการบริการสาธารณะที่ต้องอาศัยโครงข่าย) และ มาตรา R. 551-1ถึง R. 551-6[267] ซึ่งบังคับใช้กับสัญญาซึ่งทำขึ้นโดยหน่วยงานทางปกครองทั้งสองประเภท

สำหรับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ฐานทางกฎหมายของ référé précontractuel จะมาจากรัฐกำหนด (Ordonnance) n°2009-515 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม 2009 มาตรา 2 ถึง มาตรา 4 กรณีสัญญาในกิจการปกติ, มาตรา 5 ถึง 8 กรณีสัญญาในกิจการเฉพาะซึ่งเกี่ยวกับสาธารณูปโภค และ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (code de procédure civile) มาตรา 1441-1 และ 1441-2

วัตถุของคดีของการร้องขอ référé précontractuel คือ การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับ “สัญญา" ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัด

---

[266] สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, ถอดเทปการบรรยายพิเศษเรื่อง กฎหมายปกครองและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดย M. Philippe Martin วันที่ 31 ตุลาคม – 3 พฤศจิกายน 2543, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพ: พีเพรส 2552) น.14.

[267] ในการทำประมวลกฎหมายในฝรั่งเศสนั้น การขึ้นนำหน้ามาตราด้วยอักษร L กับ R มีความแตกต่างกัน ในแง่ที่มาของมาตรานั้น มาจากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์แตกต่างกัน เนื่องจากการจัดทำประมวลกฎหมายฝรั่งเศส อาจเกิดขึ้นจากการรวมกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองได้ เช่นประมวลกฎหมายพัสดุเป็นต้น

Ref. code: 25595601032187GRS

จ้าง (les marché publics[268]) หรือการให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะ (délégation de service publique[269]) ที่มีความบกพร่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการทำสัญญา ในเรื่องการโฆษณาประกาศ (publicité)[270] หรือมีข้อบกพร่องในเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม (mise en concurrence)

โดยผู้ยื่นคำขอจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทำเข้าสัญญาครั้งนั้น (avoir un intérêt à conclure le contrat) กล่าวคือเป็นผู้ที่ไม่ได้รับเลือกให้เข้าทำสัญญาหรือผู้ที่ถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้ามาเป็นคู่สัญญานั่นเอง และจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายหรืออาจได้รับความเสียหาย (être susceptible d'avoir lésé ou risque de léser) จากกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาประกาศหรือการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม[271] หรือ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่มีความไม่เสมอภาคในระหว่างผู้เข้าร่วมประกวดราคา[272] นอกจากนั้นผู้ว่าการจังหวัด (préfet) ในฐานะผู้แทนรัฐ (représentant de l'État) ตามนัยยะของมาตรา L 551-1 CJA ก็มีสิทธิยื่นคำขอฉุกเฉินในกระบวนการก่อนสัญญาเช่นกัน

ผู้ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวจะยื่นคำขอในระยะเวลาใดๆก็ได้ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาโดยคู่สัญญา ดังนั้นหากมีการลงนามในสัญญาแล้ว ย่อมไม่อาจร้องขอให้มีคำขอฉุกเฉินในกระบวนการก่อนสัญญาได้ ซึ่งเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดที่วางไว้ในคดี *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées* (CE 3 novembre 1995)

ผู้ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องยื่นคำขอต่อ "ผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราว" (Le juge des référés) ซึ่งก็คือ ประธานศาลปกครองชั้นต้น (le président du tribunal administratif) หรือ ตุลาการผู้ที่ได้รับมอบหมายจากประธานศาลปกครองชั้นต้น โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าผู้ร้องต้องมีหนังสือบอกไปยังฝ่ายปกครองว่าให้ฝ่ายปกครองทำตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน ซึ่งหากได้รับคำปฏิเสธจากฝ่ายปกครอง หรือ ฝ่ายปกครองมิได้ตอบกลับมาใน

---

[268] ประกอบด้วย สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค (les marché travaux public) สัญญาจัดหาพัสดุ (les marché de fournitures) และ สัญญาจัดให้มีบริการ (les marché de service)

[269] ประกอบด้วย สัญญาสัมปทาน (la consession de service public) สัญญาให้ดำเนินการสาธารณะ (l'affermage) การมอบหมายให้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ (affermage) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการสาธารณะแทนรัฐ (régie interessée) รวมถึงสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน (Contrats de Partenarait)

[270] กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโฆษณาการทำสัญญานั้นเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่สหภาพยุโรปกำหนดไว้ใน Directive ต่างๆ เช่น Directive 2014/24/EU กำหนดให้มีต้องรายละเอียดตาม Annex V part C และต้องมีการประกาศโฆษณา (Publication) ตามความหมายและแบบ ในมาตรา 51

[271] CE 3 octobre 2008, คดี SMIRGEOMES

[272] Vandervaeeren, Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A. 1994, numéro special, p.96 อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 226 น. 433.

Ref. code: 25595601032187GRS

ระยะเวลาหกวัน ผู้ร้องจึงจะมีสิทธิร้องขอใช้มาตรการฉุกเฉินได้ ตามมาตรา R-241-21[273] ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA) และเมื่อศาลรับฟ้องคดีแล้วจะมีผลเป็นการระงับการลงนามในสัญญาทันที

"ผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราว" (Le juge des référés) มีอำนาจในการสั่งระงับการทำสัญญาไว้ชั่วคราว (pouvoir de suspension de la passation du contrat) สูงสุดได้อีก 20 วัน และยังมีอำนาจในการออกคำสั่ง (pouvoir d' injonction) ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาด้วยการออกคำบังคับ (injonction) สั่งการให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามความผูกพันที่มีอยู่ก่อนสัญญาตัวหลักได้ รวมทั้งยังสามารถตักเตือนผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญา นอกจากนั้นยังสามารถเพิกถอนกระบวนการการเข้าทำสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน[274] รวมทั้งสามารถเพิกถอนคำสั่งต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา ตัดข้อความหรือเงื่อนไขตามข้อสัญญาต่างๆ ในสัญญาที่กำลังจะเกิดขึ้น ในกรณีที่คำสั่งหรือข้อสัญญานั้นก่อให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญาหรือขัดต่อกฎเกณฑ์ในการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรมซึ่งส่งผลให้สัญญาเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะใช้มาตรการดังกล่าวในฐานะมาตรการสุดท้าย (mesures définitives)

นอกจากนั้นสำหรับการร้องขอในกรณีสัญญาเกี่ยวกับกิจการพิเศษ เช่นบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย (services de réseaux) ศาลจะออก Injonction สั่งปรับฝ่ายปกครองเป็นค่าปรับบังคับการรายวัน (Astreinte provisoire) เพิ่มเติมได้ด้วย ตามมาตรา L 511-6 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA) ซึ่งศาลจะสั่งการเพียงใดนั้น จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้ขอด้วย ซึ่งผลดีกับผลร้ายต้องได้สัดส่วนกันตามหลักความได้สัดส่วน (Principe de proportionnalité)

ผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวจะต้องพิพากษาคดีโดยเปิดเผย และผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวจะต้องมีคำพิพากษาเป็นการเร่งด่วนภายใน 20 วัน ตามมาตรา R 241-21 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (CJA) แต่ศาลจะต้องมีคำพิพากษาภายหลังจากที่ระยะเวลายืน (Standstill period; délai de suspension de la conclusion)[275] หมดลงแล้วเท่านั้น ภายใต้การเคารพหลักฟังความสองฝ่าย (principe du contradictioire) คือจะต้องมีการแจ้งคู่สัญญาและผู้ยื่นกระบวนการฉุกเฉินให้สามารถแสดงพยานหลักฐานได้ คำพิพากษาตามกระบวนการ référé précontractuel นั้นไม่อาจอุทธรณ์ (appel) ได้ แต่สามารถฎีกา

---

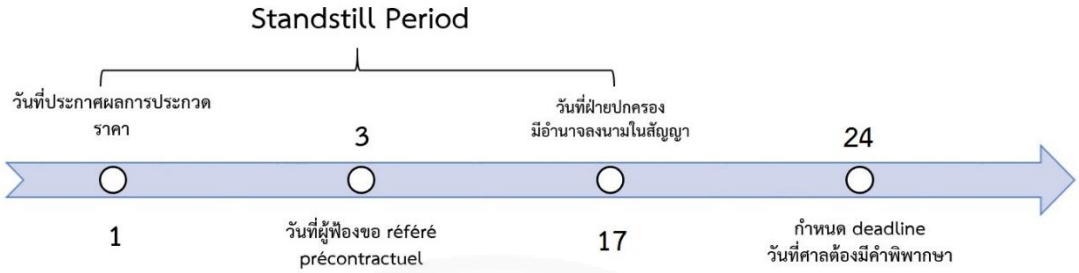
[273] นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพิ่งอ้าง*

[274] CE 12 Janvier 2011 คดี *Dpt du Doubs* และ CE 30 septembre 2011 *คดี Dpt de Haute-Savoie* อ้างใน Philippe Yolka, *supra note*4 น.136

[275] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics Article 101 กำหนดให้ระยะเวลายืน คือ ช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองจะถูกห้ามมิให้ลงนามในสัญญาเพื่อที่จะให้ผู้เสนอราคาที่เสียหายได้ใช้สิทธิร้องเรียน ซึ่งก็คือระยะเวลา 16 วันตั้งแต่ฝ่ายปกครองไม่รับคำเสนอของผู้เสนอราคา ซึ่งอาจลดลงเหลือ 11 วันได้ในกรณีที่เป็นการจัดหาด้วยกระบวนการอิเล็กทรอนิกส์

Ref. code: 25595601032187GRS

(cassation) ไปยังศาลปกครองสูงสุด CE หรือศาลฎีกา (Cour de Cassation) แล้วแต่กรณี ได้ภายใน 15 วันนับตั้งแต่วันได้รับแจ้งคำพิพากษา



ภาพที่ 3.1 แสดงระยะเวลายืน (Stanstill Period) ในกระบวนการขอคุ้มครองชั่วคราว

ยกตัวอย่างเช่น หากมีการประกาศผลการประกวดราคาในวันที่ 1 ผู้มีสิทธิอาจร้องขอ référé précontractuel ต่อผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวได้ในระยะเวลาใดๆก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา (ซึ่งในกรณีนี้ฝ่ายปกครองมีสิทธิลงนามได้ในวันที่ 17) หากผู้ฟ้องคดียื่นขอ référé précontractuel ในวันที่ 3 และศาลได้รับคำร้องไว้พิจารณา ย่อมเป็นการระงับการลงนามในสัญญาโดยอัตโนมัติในวันที่ 3 เป็นต้นไป และศาลจะต้องมีคำพิพากษาภายใน 20 วัน คือภายในวันที่ 24 แต่จะมีคำพิพากษาก่อนวันที่ 17 ซึ่งเป็นวันที่ครบกำหนดระยะเวลา Standstill ไม่ได้ และศาลมีอำนาจกำหนดคำพิพากษาให้ระงับการลงนามในสัญญาต่อไปได้อีกสูงสุดอีก 20 วัน นับตั้งแต่วันที่มีคำพิพากษานั่นเอง

(ii) คำขอฉุกเฉินเกี่ยวกับสัญญา (le référé contractuel)

référé contractuel เป็นคำขอฉุกเฉินที่ขอภายหลังจากมีการลงนามในสัญญาและเกิดสัญญาแล้ว เพื่อให้ศาลสั่งระงับการปฏิบัติตามสัญญาชั่วคราว ยกเลิกสัญญา ปรับเปลี่ยนระยะเวลาของสัญญา จนถึงประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา เนื่องจากสัญญานั้นมีความบกพร่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการทำสัญญาในเรื่องการโฆษณาประกาศ (publicité) หรือมีข้อบกพร่องในเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม (mise en concurrence) ซึ่งนับว่าเป็นการตัดสินไปถึงเนื้อคดีของสัญญาเลย โดยมีฐานทางกฎหมาย (fonduments juridique) มาจาก L. 551-13 ถึง L. 551-23 และ R.511-7 ถึง R.511-10 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ในกรณีสัญญาทางปกครอง และ มาตรา 11 ถึง 21 ของ Ordonnance n°2009-515 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม 2009 ในกรณีสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน

เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิยื่นคำขอฉุกเฉินในกรณีของ référé contractuel นั้นเหมือน référé précontractuel ทุกประการ โดยผู้มีสิทธิยื่นคำขอ จะต้องยื่นต่อประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งทำหน้าที่เป็น“ผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราว" (Le juge des référés) ภายในระยะเวลา 30 วันหลังจากมีการประกาศการลงนามในสัญญา (publication de la conclusion du contrat) แต่ไม่เกินระยะหกเดือนตั้งแต่มีการลงนามในสัญญา

Ref. code: 25595601032187GRS

ข้อสังเกตที่น่าสนใจคือ การยื่นคำขอฉุกเฉินในกรณีของ référé contractuel นั้นมีข้อห้ามตามมาตรา L 511-14 ย่อหน้าที่ 2 ที่ว่าห้ามผู้ยื่นคำขอใช้ référé contractuel ในลักษณะที่เป็นการอุทธรณ์ référé précontractuel กล่าวคือเป็นกรณีที่ ผู้ยื่นคำขอได้เคยยื่นขอ référé précontractuel มาแล้ว และศาลตัดสินว่าฝ่ายปกครองไม่ได้มีความบกพร่องในเรื่องการโฆษณาประกาศการทำสัญญาหรือการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม แต่หากเป็นกรณีที่ศาลในคดี référé précontractuel ตัดสินให้ฝ่ายปกครองระงับการทำสัญญาไว้ชั่วคราวแล้ว แต่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนคำสั่งของศาล โดยลงนามในสัญญานั้น เช่นนี้ผู้ฟ้องคดีอาจขอให้ใช้ référé contractuel ได้อีกครั้ง

ผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวจะต้องมีคำสั่งภายในระยะเวลาหนึ่งเดือนนับแต่ได้รับคำขอ โดยผู้พิพากษามีอำนาจในการกำหนดมาตรการต่างๆตามที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองกำหนด ซึ่งแบ่งออกเป็นสามกลุ่มคือ

(i) Mesure conservatoire ตามมาตรา L. 511-17 CJA ได้แก่การระงับการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การฟ้องคดีไม่ได้มีผลเป็นการระงับการปฏิบัติตามสัญญาโดยอัตโนมัติเหมือนการระงับการเข้าทำสัญญาใน référé précontractuel ดังนั้นการระงับการปฏิบัติตามสัญญาจะมีผลต่อเมื่อศาลมีคำสั่งเท่านั้น โดยจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของผู้ขอและคู่สัญญา

(ii) Mesure définitives ตามมาตรา L551-19 และ L551-20 CJA คือการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา ซึ่งจะเกิดขึ้นได้แค่สามกรณีคือ *หนึ่ง* การไม่ทำตามกฎเกณฑ์ในเรื่องการประกาศโฆษณา (Publicité) และการแข่งขันทางการค้า (remise en concurrence) ซึ่งเป็นสาระสำคัญ *สอง* การขัดมาตรการแข่งขันทางการค้า (Modalités de remise en concurrence) ในกรณีที่เป็นการทำสัญญาจัดซื้อแบบพลวัตร (système d'acquisition dynamique; Dynamic purchase) และ *สาม* การทำสัญญาที่ฝ่าฝืนเรื่องระยะเวลายืน[276] Standstill หรือระยะเวลาที่ศาลกำหนดในคดี référé précontractuel นอกจากนั้นยังมี องค์ประกอบอีกสองประการคือ ความผิดพลาดนั้นไม่อาจเยียวยาได้ด้วย référé précontractuel และการฝ่าฝืนหน้าที่ในการโฆษณาหรือพฤติกรรมที่ขัดกฎหมายแข่งขันทางการค้าของฝ่ายปกครองนั้น ทำให้ผู้ร้องขอพลาดหวังจากการเป็นคู่สัญญา (obtenir le contrat) ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่าการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจที่คู่สัญญาเสียไป ซึ่งศาลมีดุลยพินิจในการเลือกวิธีที่มีความรุนแรงน้อยกว่าการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา คือ sanction de substitution ที่จะกล่าวต่อไป

(iii) Sanction de substitution ตามมาตรา L511-19 ของ CJA ได้แก่ การสั่งให้ยกเลิกสัญญา (résiliation du contrat) ซึ่งจะมีผลกระทบกับคู่สัญญาและประโยชน์สาธารณะน้อยกว่าเพราะมีผลไปข้างหน้าในอนาคต การลดระยะเวลาของสัญญาลง (reduction de durée) หรือสั่งลงโทษปรับทางปกครอง pénalités financières (ตามมาตรา L. 551-22) กรณีที่สัญญาถูกลงนาม

---

[276] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *Koné* (CE 1 juin 2011) และ คดี *Sté DPM protection (*CE 30 Novembre 2011) อ้างใน Philippe Yolka, *supra note.4*, p.138

Ref. code: 25595601032187GRS

ก่อนพ้นระยะเวลา standstill หรือลงนามในช่วงที่มีการพักการลงนามในสัญญาตาม référé précontractuel ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจลงนามของฝ่ายปกครองได้ (L551-20) โดยไม่ต้องประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา

ศาลจะต้องพิพากษาภายใต้หลักฟังความสองฝ่าย (principe du contradictioire) คือจะต้องมีการแจ้งคู่สัญญาและผู้ยื่นกระบวนการฉุกเฉินได้มีโอกาสชี้แจงพยานหลักฐาน หลังจากมีคำพิพากษาแล้ว โดยปกติศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหาย (dommages et intéret) ให้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา L 511-16 โดยจะให้ผู้เสียหายไปว่ากล่าวเป็นคดีต่างหาก คำพิพากษาตามกระบวนการ référé contractuel นั้นไม่อาจอุทธรณ์ (appel) ได้ แต่สามารถฎีกา (cassation) ไปยังศาลปกครองสูงสุด CE หรือศาลฎีกา (Cour de Cassation) แล้วแต่กรณีภายใน 15 วันนับตั้งแต่มีการแจ้งคำพิพากษา

(6) คดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง (le contentieux de la responsabilté) เป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ที่เสียหายอาจฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้ ประกอบด้วย (i) ความรับผิดทางสัญญา (responsabilté contractuelle) และ (ii) ความรับผิดนอกสัญญา (responsabilté extracontractuelle)

(i) ความรับผิดทางสัญญา (responsabilté contractuelle) นั้นแบ่งเป็นสามกรณี[277] คือ (a) ความรับผิดกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความผิด การขอให้ใช้ค่าเสียหาย เช่น ความเสียหายของคู่สัญญาซึ่งเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจทำสัญญาตั้งแต่ต้น การสั่งให้แก้ไขสัญญาโดยไม่ถูกต้อง การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ถูกต้อง เป็นต้น (b) ความรับผิดโดยปราศจากความผิด ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการใช้ค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญา ตามทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ (théorie de l’ imprévision) และ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) ซึ่งเป็นการรักษาดุลยภาพทางการเงินของคู่สัญญา และ (C) ความรับผิดกึ่งสัญญากึ่งละเมิด เช่น ลาภมิควรได้ทางปกครองและการจัดการงานนอกสั่งทางปกครอง เช่น ในกรณีสัญญาเป็นโมฆะ แต่เอกชนกระทำการที่เป็นประโยชน์ให้ฝ่ายปกครองแล้ว หรือกรณีที่ไม่มีตัวสัญญากันเลย เอกชนจัดการงานที่เป็นประโยชน์แก่รัฐ ซึ่งในบางตำราก็จัดให้ความรับผิดประเภทนี้อยู่ในความรับผิดนอกสัญญา (responsabilité extracontractuelle)

(ii) ความรับผิดนอกสัญญา (responsabilité extracontractuelle) เป็นกรณีที่ความรับผิดของฝ่ายปกครอง เกิดขึ้นนอกจากตัวสัญญา แต่มีความเกี่ยวพันกับสัญญา เช่นความรับผิดเกี่ยวกับการละเมิดซึ่งเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง เป็นต้น

---

[277] สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 166.

Ref. code: 25595601032187GRS

นอกจากนั้น ฝ่ายปกครองยังอาจมีความรับผิดทางอาญา[278] ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลอาญา หรือ ความผิดทางวินัยอื่นๆ โดยเฉพาะความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง[279] ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด จึงไม่ควรนำเรื่องความรับผิดทางอาญาหรือทางวินัยของเจ้าหน้าที่มาปะปนกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง

กล่าวโดยสรุป การแบ่งคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็นหกประเภทดังกล่าว แม้จะอธิบายได้เห็นภาพ แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าจริงๆแล้ว การแบ่งประเภทคดีดังกล่าวมีความซ้ำซ้อน ซึ่งแท้จริงแล้วมีเพียงคดีปกครองเพียงสองประเภท คือ คดีขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (REP) และคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม เท่านั้น ดังเช่นที่ Philippe Yolka แบ่งประเภทคดีของสัญญาทางปกครองโดยประเภทของคำฟ้องเป็นตัวตั้ง กล่าวคือ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นคดี REP จะประกอบด้วย (1) การฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา (2) การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนตัวสัญญาโดยตรง ซึ่งโดยหลักทำไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นในคดี *Ville de Lisieux* และกรณีการขอให้ศาลเพิกถอนข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎ ส่วนคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม จะประกอบไปด้วย (1) การฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง (la contestation de la validité du contrat) ซึ่งทำได้โดยทั้งคู่สัญญาและบุคคลที่สามซึ่งได้แก่ผู้เข้าแข่งขันในการทำสัญญากับฝ่ายปกครอง (les concurrents évincés) และผู้ว่าการจังหวัดหรือโดยผู้แทนของรัฐ (2) คดีขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาโดยการร้องขอของคู่สัญญา (3) การฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองตามสัญญา

3.5.2 การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือก (les modes altenatifs de règlement des litiges contractuel)

การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือกนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงความร่วมมือระหว่างคู่สัญญาในการยุติข้อพิพาท ซึ่งเป็นทางเลือกที่นิยมมากขึ้น เนื่องจากความรวดเร็วของกระบวนการ อย่างไรก็ดีด้วยสภาพที่สัญญาของฝ่ายปกครองนั้นเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐ โดยเฉพาะในสัญญาทางปกครองซึ่งมีการแสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองชัดเจน จึงเกิดคำถามสำคัญที่ว่าการใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางเลือกจะสามารถทำได้มากน้อยเพียงใดในสัญญาของฝ่ายปกครอง

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางเลือก แบ่งออกเป็น การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (la conciliation) การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (la transaction) และการอนุญาโตตุลาการ (l'arbitrage) โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

---

[278] เช่น ความผิดตามมาตรา 432-12 (prise illégale d'interêts) และ 432-14 (délit de favorisme Code pénale) โปรดดู M. Philippe Turguet de Beauregard การบรรยายพิเศษโดยที่ปรึกษาสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส ในหัวข้อสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 18 ตอนที่ 1 เมษายน 2542

[279] โปรดดู อรพิน ผลสุวรรณ์ สบายรูป, "โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง" เสนอต่อ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน (มกราคม 2549) น. 14-30

Ref. code: 25595601032187GRS

สำหรับการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (la conciliation) ซึ่งหมายถึงการระงับข้อพิพาทโดยการนำคู่พิพาทมาเจรจากัน โดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้ช่วยเหลือแต่ไม่ได้ตัดสินคดีด้วยกฎหมาย ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นยอมรับให้มีการไกล่เกลี่ยในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองได้[280] ในมาตรา 127 ของประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์ในการลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาล โดยการไกล่เกลี่ยสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ในอำนาจของ คณะกรรมการ comités consultatifs de règlement amiable (CCRA)

ส่วนการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (la transaction) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีฐานทางกฎหมายมาจากมาตรา 2044 ของประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับให้ฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาประนีประนอมยอมความได้[281] ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าหากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยองค์การมหาชน การทำสัญญาประนีประนอมจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐมนตรีผู้กำกับดูแลเสียก่อน การทำสัญญาประนีประนอมจะเป็นการตกลงกันในเรื่องของ ขอบเขตความรับผิดชอบ และจำนวนค่าเสียหาย โดยจะต้องเป็นการตกลงที่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (les règles d'ordre public) ตามมาตรา 6 ของประมวลกฎหมายแพ่ง และไม่สามารถตกลงให้ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายหนี้ที่ตนเองไม่สมควรจ่ายได้ (CE 19 mars 1971 คดี *Mergui*) ซึ่งศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบสัญญาประนีประนอมยอมความจากข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครอง[282] โดยวัตถุแห่งคดีอาจเป็นการขอให้ตรวจสอบการกระทำที่แยกออกได้ ซึ่งเป็นคำสั่งให้ทำสัญญาประนีประนอม (CE 17 mai 2006 คดี *Cne de Jonquières*) หรือตัวสัญญาก็ได้

การอนุญาโตตุลาการ (l'arbitrage) ในสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น โดยหลักแล้วในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางปกครองด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องต้องห้ามตั้งแต่ปี1806 ตามมาตรา 83 และ 1004 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสในปี 1806 ซึ่งปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้กลายมาเป็นมาตรา 2060 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นอันมีที่มาจากกฎหมายภายใน[283]และกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งฝรั่งเศสมีพันธกรณี เช่น อนุสัญญาวอชิงตัน

---

[280] Philippe Yolka, Supra note. 4, p.123

[281] ด้วยการออกหนังสือเวียน (circulaire) ลงวันที่ 6 février 1995 7 Septembre 2009 และ 6 avril 2011 อ้างใน Nathalie Vinci, Guide de la transaction en droit administratif (Le Moniteur 2012) p.5.

[282] คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน คดี *Sté Briançon Bus* (TC 18 Juin 2007)

[283] ได้แก่ การยกเว้นให้กับตัวองค์กร ในกรณีประมวลกฎหมายแพ่งในมาตรา 2060 วรรคสอง ในกรณีที่มีการออกรัฐกฤษฎีกายกเว้นให้องค์การมหาชนซึ่งมีลักษณะทางการค้าและอุตสาหกรรมใช้การระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการได้ การยกเว้นให้กับ SNCF และ RFF ในประมวลกฎหมายการขนส่ง (code des transports) มาตรา L 2141-5 และ L.2111-14 และการยกเว้นให้กับเนื้อหาข้อพิพาท เช่น การยกเว้นให้การพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุสามารถทำการ

Ref. code: 25595601032187GRS

กล่าวโดยสรุป ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้สร้างมโนทัศน์เรื่อง contrat administratif ขึ้นจากบริบททางประวัติศาสตร์ที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้ยอมรับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างชัดเจน เพื่อสงวนไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ถือเป็นเหตุผลหลักในการดำรงอยู่ของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนนั้น นอกจากจะพิจารณาเรื่ององค์กรแล้ว ยังใช้เกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาเกี่ยวกับการ “บริการสาธารณะ” กับเกณฑ์ในเรื่อง “ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากสิทธิหน้าที่ธรรมดาตามกฎหมายเอกชน” ซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ แต่ด้วยความคลุมเครือของหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงเกิดการบัญญัติกฎหมายให้สัญญาหลายชนิดเป็นสัญญาทางปกครองหรืออยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง เรียกได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองด้วยการกำหนดโดยกฎหมาย

อย่างไรก็ตามด้วยอิทธิพลของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป ซึ่งไม่มีมิติในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองกับสัญญาทางปกครอง ฝรั่งเศสจึงต้องปรับกฎเกณฑ์ในการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครอง ทำให้เกิดคำถามถึงประโยชน์ของสัญญาทางปกครองในวันที่ฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงและจำกัดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองลงเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณี ปัจจุบันฝรั่งเศสได้พัฒนาเทคนิคเพื่อเปิดช่องให้บุคคลที่สามผู้เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาสามารถฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาได้ ได้แก่ข้อความคิดเรื่องคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองและความสมบูรณ์ของมาตรการตามสัญญา (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat) และ คำขอฉุกเฉินอย่าง référé précontractuel และ référé contractuel นั่นเอง

อนุญาโตตุลาการได้เพียงแต่ในเรื่องของการคำนวณราคาค่าใช้จ่ายในงานโยธาสาธารณะและการจัดซื้อภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดมากตามมาตรา 128 ของประมวลกฎหมายพัสดุ การยกเว้นในกรณีของสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ตาม Ord.n°2004-559 17 Juin 2004 มาตรา 11-1 และ 14 ประกอบกับประมวลกฎหมายท้องถิ่นมาตรา L1414-12-1 และยังรวมถึงกรณีการออกกฎหมายเฉพาะกรณี เช่นรัฐบัญญัติ loi n°1986-972 ในกรณีสัญญาโครงการสร้าง EURO Disneyland หรือ loi n°2011-617 กรณีสร้างสนามกีฬาจากการที่ฝรั่งเศสเป็นเจ้าภาพฟุตบอลยูโรในปี 2016

Ref. code: 25595601032187GRS

บทที่ 4
สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

4.1 ความทั่วไป:

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

มโนทัศน์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองระบบกฎหมายไทยค่อยๆก่อตัวขึ้นตั้งแต่สมัยสมบูรณาสิทธิราชย์ เริ่มจากการที่ผู้มีอำนาจในบ้านเมืองทำการตกลงกับเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างตามความหมายของสัญญาในกฎหมายสมัยโบราณตั้งแต่ก่อนที่ข้อความคิดในเรื่องสัญญาและระบบกฎหมายสมัยใหม่จะเข้ามาในประเทศไทย สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยมีพัฒนาการสืบเนื่องต่อไปพร้อมกับการจัดระบบราชการที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย การเปลี่ยนแปลงปฏิรูประบบกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และการจัดรูปแบบรัฐสมัยใหม่ ปรากฏเป็นข้อความคิดของ “สัญญาของทางราชการ” ซึ่งยังไม่มีการแยกความแตกต่างทางทฤษฎีระหว่างสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนกับสัญญาที่เอกชนทำขึ้นระหว่างกัน จนกระทั่งมีการนำองค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (Contrat administratif) เข้ามาในประเทศไทย ผ่านทางนักกฎหมายที่จบการศึกษามาจากฝรั่งเศส ไม่ว่าจะในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือมหาวิทยาลัยและพัฒนาเรื่อยมา จนในที่สุดองค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นได้ถูกสถาปนาอย่างสมบูรณ์อย่างเป็นทางการในระบบกฎหมายไทยด้วยการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2542 ทำให้ปัจจุบันสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย แบ่งออกเป็นสองชนิด คือ สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน และ สัญญาทางปกครอง เช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส

4.1.1. พัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

แนวคิดของ สัญญาของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกกันว่า “สัญญาของราชการ” นั้นได้ถือกำเนิดมาเป็นเวลาช้านานแล้ว ตั้งแต่ยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เพียงแต่ไม่ได้มีการจัดระบบอย่างชัดเจน ทำให้แนวคิดของสัญญานั้นปะปนกับการพระราชทานพระบรมราชานุญาต โดยเฉพาะในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้มีการพัฒนาวิทยาการหลายๆด้านและมีการสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ เช่นการขุดคลอง การสร้างทางรถไฟ ถนนหนทาง จนทำให้ท้องพระคลังไม่สามารถแบกรับต้นทุนได้ทั้งหมด จึงเกิดการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภค[1] โดยรัฐให้ผลตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคภายในระยะเวลา

---

[1] ฤทัย หงส์สิริ, “การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาบังคับใช้แก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 18 ตอนที่ 1 (เมษายน 2542) น. 58.

Ref. code: 25595601032187GRS

กำหนดซึ่งยาวนาน อันเป็นความหมายของการให้สัมปทานนั่นเอง แสดงให้เห็นว่าการมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐได้เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เพียงแต่ยังไม่ถูกจัดระบบให้เข้ามาอยู่ในลักษณะของ “สัญญา” เนื่องจากข้อความคิดในเรื่องสัญญานั้นเพิ่งถูกพัฒนาเป็นระบบมากขึ้น จากการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าอยู่หัวนั้นเอง ซึ่งประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2468 ในรัชสมัยต่อมา

ในรัชสมัยต่อๆมาได้มีการตรากฎหมายหลายฉบับที่แสดงถึงการผูกขาดกิจการสำคัญ ไม่ว่าจะเป็น พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พระพุทธศักราช 2464 ซึ่งห้ามเอกชนก่อสร้างรถไฟเว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากทางการ การออกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พระพุทธศักราช 2471 ซึ่งได้นิยามกิจการค้าขายที่มีลักษณะเป็น “สาธารณูปโภค”[2] ซึ่งห้ามประชาชนประกอบกิจการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากราชการ แนวคิดเรื่องระบบการพระราชทานพระบรมราชานุญาต ในสมัยนี้จึงปะปนกันระหว่างการให้สัมปทานและการอนุญาตให้ประกอบกิจการบางอย่างเป็นกรณีพิเศษ ไม่มีการจัดระเบียบแยกต่างหากจากกัน

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลายประการในระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของราชการ เกิดการตั้งกรมพัสดุแห่งชาติขึ้น เกิดการเปลี่ยนแปลงในเรื่องของการขอพระบรมราชานุญาตเป็นระบบการยื่นขอสัมปทานตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482[3] ซึ่งยังคงเป็นระบบการอนุญาตอยู่ ในส่วนของสัญญาจัดหาซึ่งในระบบกฎหมายไทยใช้คำว่า “ระบบการพัสดุ” ได้มีการออกระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 และระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498[4] อย่างไรก็ตามการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญหากมิได้มีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษ นอกจากนั้นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า ให้เช่า ล้วนเป็นสัญญาภายใต้ระบบของประมวลกฎหมายแพ่งทั้งหมด ที่เรียกโดยรวมว่าเป็น “สัญญาของทางราชการ” ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

---

[2] ซึ่งได้แก่ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้าและบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งมีความหมายกว้างเป็นอย่างมาก สามารถเทียบเคียงในทำนองเดียวกันได้กับกิจการพิเศษ (Public Utilities) ตามระบบกฎหมายสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน

[3] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ “ความพยายามในการนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับใช้กับประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอนที่ 3, น.14 (ธันวาคม 2541)

[4] ซึ่งต่อมามีการรวมกันในปี พ.ศ. 2518 และแก้ไขในปีพ.ศ. 2521 เรื่อยมาจนกระทั่งออกเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุในปี 2535 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งและใช้มาถึงปัจจุบัน

Ref. code: 25595601032187GRS

ส่วนการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาตินั้นมีการควบคุมเป็นพิเศษ โดยยึดหลักว่าทรัพยากรเป็นของชาติ ทำให้ต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษควบคุมอย่างใกล้ชิดจึงมีการออกพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ตามมา

ลักษณะของการผูกขาดโดยรัฐและระบบการอนุญาตโดยฝ่ายปกครองยังคงมีอิทธิพลอย่างสูงจนถึงปี พ.ศ. 2516 เริ่มมีการจัดระเบียบแยกระหว่างกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการออกจากการพิจารณาให้สัมปทาน โดยมีการออกคำสั่งคณะปฏิวัติที่ 58 ลงวันที่ 27 มกราคม 2516 ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ที่มีมาแต่เดิม โดยกำหนดกิจการที่ต้องขออนุญาตรับสัมปทานไว้เก้าประเภทในข้อ 3 ซึ่งได้แก่ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อและกิจการอื่นที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา แยกออกจาก “กิจการที่ต้องขออนุญาต” ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 5 ของประกาศดังกล่าว

ด้วยสภาพที่เปลี่ยนไปของเศรษฐกิจและสังคมซึ่งมีความเป็นพลวัต ทำให้ลักษณะของการผูกขาดโดยรัฐในกิจการต่างๆค่อยๆเปลี่ยนแปลงไป รัฐที่มีภารกิจในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานเพื่อตอบสนองบริการสาธารณะจำเป็นที่จะต้องใช้เงินปริมาณมหาศาล ทำให้เกิดภาระทางการคลังเพิ่มมากขึ้นจนรัฐไม่สามารถแบกรับได้อีกต่อไป รัฐจึงต้องอาศัยทรัพยากรทั้งในแง่ของเงินและบุคลากรจากเอกชนมากขึ้น ประกอบกับบรรยากาศของการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในไทย ลักษณะความเป็นสัญญาของ “สัญญาของราชการ” นั้นจึงได้รับการพัฒนาเป็นข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง”ในระบบกฎหมายไทยในที่สุด

องค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยนั้นค่อยๆก่อตัวอย่างช้าๆ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งมีโครงสร้างคล้ายคลึงกับ Conseil d’ État ของฝรั่งเศสเป็นอย่างมากในหลายแง่มุม มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยเป็นอย่างมาก ทั้งในส่วนของคณะกรรมการร่างกฎหมายและ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งวางหลักเกณฑ์และแนววินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการ ซึ่งส่งผลต่อแนวคิดของศาลปกครองในเวลาต่อมา

การนำมโนทัศน์เรื่อง *contra administratif* ของระบบกฎหมายฝรั่งเศสเข้ามาในประเทศไทย เริ่มต้นในปี พ.ศ. 2529 ในการฝึกอบรมเรื่อง “หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น”[5] ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากับ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ซึ่งมีการนำเสนองานทางวิชาการหลายชิ้น โดยมีการแปล contrat administratif ว่า “สัญญาทางปกครอง” จากนั้นก็มีการจัดฝึกอบรมโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอย่างต่อเนื่อง ทำให้เอกสารวิชาการและองค์ความรู้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยค่อยๆเพิ่มมากขึ้น จนกระทั่งมีการจัดฝึกอบรมเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรงในอีกหลายครั้งต่อมา นอกจากนั้นในทางวิชาการก็เริ่มมีการพัฒนาองค์ความรู้เรื่อง

---

[5] จัดขึ้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2529 อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพ: วิญญูชน 2556) น.44

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครองมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในวารสารวิชาการต่างๆ หรือ วิทยานิพนธ์ หรือตำราเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหรือสัญญาทางปกครองโดยตรง

งานที่มีอิทธิพลต่อสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น ยกตัวอย่างเช่นงานของ อมร จันทรสมบูรณ์ ในบันทึกของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง *นิติกรรมทางแพ่ง นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง* งานของบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ที่ชื่อว่า *สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส* หรือ โภคิน พลกุล ในงานด้านคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในงานที่ชื่อว่า *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง* (ซึ่งเขียนร่วมกับ มานิตย์ วงศ์เสรี) แสดงให้เห็นว่าแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยถูกพัฒนาไปในทิศทางเดียวกับฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัด อย่างไรก็ตามไม่ได้มีเพียงแต่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงเท่านั้น ในการพัฒนาสัญญาทางปกครองไทยยังมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการปรับใช้กฎหมายจากระบบกฎหมายอื่น เช่น ระบบกฎหมายอังกฤษในงานชื่อ *สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษ* ของชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ หรือ ระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งแสดงออกในงานภาษาไทยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันหลายชิ้นของกมลชัย รัตนสกาววงศ์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มานิตย์ วงศ์เสรี และ เพ็ญศรี วงศ์เสรี ตั้งแต่ปี 2541 เป็นต้นมา โดยการการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน มีข้อพิจารณาสำคัญว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นสอดคล้องกับสภาพกฎหมายไทยเพียงใด และสัญญาทางปกครองไทยควรจะอยู่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในทำนองเดียวกับเยอรมันหรือไม่

หลังจากการถกเถียงในทางวิชาการและการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปีพ.ศ. 2540 ซึ่งรองรับระบบศาลคู่ ทำให้มีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยในเวลาต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ด้วยการบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในปี พ.ศ. 2542 ซึ่งรับเอาแนวความคิดของ *contra administratif* ของระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างชัดเจน แม้จะผ่านการถกเถียงในเรื่องของนิยามในชั้นของคณะกรรมาธิการของวุฒิสภา แต่ก็ได้ข้อสรุปในระดับหนึ่งว่าจุดแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งนั้นต้องพัฒนาขึ้นในอนาคตโดยคำพิพากษาของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล[6] โดยสัญญาทางปกครองได้ถูกกล่าวถึงในมาตรา 3 ของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

---

[6] ความเป็นมาในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง โปรดดู วิษณุ วรัญญู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และ เจตน์ สถาวรศีลพร,ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, (โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2551) น.207-208.

Ref. code: 25595601032187GRS

หรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้...(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” และ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้...(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆไว้ด้วยก็ได้”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในปี พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองอื่นใดอีก นอกเหนือจากกำหนดความหมายขอบของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 การกำหนดเขตอำนาจศาลปกครองเหนือคดีสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) และการกำหนดระยะเวลาฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 51 โดยผู้ร่างประสงค์ให้ศาลปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองต่อไปในอนาคต[7] ในทำนองเดียวกับสภาแห่งรัฐ (Conseil d’ État) ของฝรั่งเศส

ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยังได้กำหนดกรอบอันเป็นแนวทางลักษณะของสัญญาทางปกครองในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ตามข้อเสนอของโภคิน พลกุล[8] ซึ่งมีเนื้อความว่า[9] “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล[10]...”

ข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองจึงปรากฏชัดเจนตั้งแต่ที่ระบบกฎหมายไทยมีศาลปกครองเป็นต้นมา อย่างไรก็ตามข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นยังต้องความกระจ่างและการพัฒนาอีกมาก เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ใดๆเกี่ยวกับสัญญา

---

[7] โภคิน พลกุล, “คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” เอกสารนำเสนอในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 อ้างใน นันฑวัฒน์ บรมานันท์, “สัญญาทางปกครอง,” (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556) น. 590.

[8] โภคิน พลกุล (2495-) อดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด อดีตประธานรัฐสภา และอดีตรองศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยรามคำแหง

[9] โภคิน พลกุล, *อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 7.* อ้างใน ชาญชัย แสวงศักดิ์, “คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2556) น. 251.

[10] หลักการนี้ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองในหลายคดีนับตั้งแต่ปี 2544 เป็นต้นมา โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544

Ref. code: 25595601032187GRS

ทางปกครองไว้เลย การศึกษากฎเกณฑ์ที่บังคับใช้กับสัญญาทางปกครองจึงต้องอาศัยการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นหลัก

4.1.2 การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครอง

การจะพิจารณาว่าการกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบของ “สัญญา” ออกจากการกระทำของฝ่ายปกครองรูปแบบอื่นๆเสียก่อน จากนั้นจึงพิจารณาเกณฑ์ในการแบ่งแยก “สัญญาทางปกครอง” ออกจาก “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน” ดังนี้

4.1.2.1 การแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบ “สัญญา” ออกจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

ลักษณะของความเป็น “สัญญา” ในระบบกฎหมายไทยของสัญญาทางปกครองนั้นอนุโลมเอาความหมายของสัญญาตามกฎหมายแพ่งมาใช้ กล่าวคือในระบบกฎหมายไทย “สัญญา” หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปโดยมุ่งที่จะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์[11] โดยองค์ประกอบสำคัญของความเป็นสัญญาได้แก่ (1) มีบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา ซึ่งจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการใช้สิทธิได้ตามกฎหมายในเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น (2) มีวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งเป็นเป้าหมายสุดท้ายร่วมกันที่คู่สัญญาจะได้จากสัญญา (3) มีการเจตนาเสนอสนองระหว่างคู่สัญญานั้นต้องตรงกันหล่อหลอมเป็นเจตนาของสัญญา ซึ่งในระบบกฎหมายไทยเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งถ้าหากขาดองค์ประกอบใดไป ย่อมได้ถือว่าสัญญานั้นไม่เคยดำรงอยู่ในระบบกฎหมายเลย

ปัญหาที่ว่าสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ ในระบบกฎหมายไทยมีการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง[12]” ที่มีความหมายกว้างแคบต่างกันถึงสามลักษณะ กล่าวคือนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้างที่สุดนั้น หมายถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย และไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือการตกลงกับเอกชน นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้างจึงรวมถึงสัญญาทางปกครองด้วย ในขณะที่นิติกรรมในความหมายอย่างกลางนั้นจะหมายความถึง การกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือ

---

[11] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, “คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา” (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2558) น. 287.

[12] อย่างไรก็ตาม วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ตั้งข้อสังเกตถึงความเหมาะสมของการใช้คำว่านิติกรรมทางปกครอง และเสนอว่าควรหลีกเลี่ยงคำว่านิติกรรมทางปกครองเพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนในการใช้ถ้อยคำ โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554), น.121.

Ref. code: 25595601032187GRS

เฉพาะรายแต่จะต้องเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเท่านั้น ซึ่งหมายความเฉพาะถึงกฎและคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งมีความหมายใกล้เคียงกับ acte administratif ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมากที่สุด ส่วนนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบหมายความถึง การกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองซึ่งมีผลเป็นการเฉพาะรายและจะต้องเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเท่านั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายความถึงคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยจึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลางและอย่างแคบ ในทำนองเดียวกับที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้จัดให้ contrat administratif เป็น acte administratif รูปแบบหนึ่งแต่อย่างใด

ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นที่สำคัญที่สุดก็คือ สัญญาทางปกครองจะต้องมีการแสดงเจตนาของเอกชนในการยินยอมเข้าทำสัญญาด้วย ไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนดนิติสัมพันธ์เองแต่ฝ่ายเดียวอันถือเป็นลักษณะของ “คำสั่งทางปกครอง”

คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมีลักษณะตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองหมายถึง “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพ สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว...” ซึ่งถือเป็นความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย นอกจากนั้นคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยยังมีกรณีที่ฝ่ายปกครองได้บัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะในกฎกระทรวงเพื่อขจัดความไม่แน่นอนและข้อโต้เถียงว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งได้แก่ การออกกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้ การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ รวมถึงการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน การสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน และการให้ทุนหรือไม่ให้ทุนการศึกษา ล้วนแต่เป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น ถือเป็นลักษณะพิเศษของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย คำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวงฉบับที่ 12 นี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสัญญาทางปกครองเป็นอย่างมาก เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวเป็นขั้นตอนสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยในทางปฏิบัติก็คือ การสับสนว่าการใช้สิทธิตามสัญญาของฝ่ายปกครองและการออกคำสั่งโดยฝ่ายปกครองในขั้นตอนต่างๆของสัญญาทางปกครองตั้งแต่ขั้นตอนการทำสัญญาไปจนถึงการปฏิบัติตามสัญญา จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลปกครองอาจเพิกถอนได้หรือไม่ ซึ่งทำให้เกิดข้อพิพาทจำนวนมากที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับเพิกถอนคำสั่งซึ่งไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ซึ่งศาลก็จะไม่รับไว้พิจารณาเนื่องจากเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครองยังอาจใกล้เคียงกับคำสั่งทางปกครองที่มีการกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อน เช่น การกำหนดเงื่อนไขในคำสั่งทางปกครองว่า ฝ่ายปกครองจะออกใบอนุญาตประกอบสถานบริการให้กับเอกชน แต่ใบอนุญาตดังกล่าวจะมีผลก็ต่อเมื่อเอกชนกระทำการตามเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองระบุ กรณีนี้สามารถแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขได้โดยใช้เรื่องการแสดงเจตนาของฝ่ายเอกชนเข้ามาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก เนื่องจากในกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีการกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนนั้นมิได้มีการแสดงเจตนาจากฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาเลยแม้แต่น้อย

ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงแตกต่างกับคำสั่งทางปกครองในสาระสำคัญหลายประการ แม้ในระบบกฎหมายไทยจะถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง แต่ก็ยังไม่มีข้อสรุปชัดเจนว่า ในระบบกฎหมายไทยจะมีการปรับใช้หลักพื้นฐานของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะมีการปรับใช้ในลักษณะทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองมากน้อยเพียงใด ยกตัวอย่างเช่น การปรับใช้ “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” กับสัญญาทางปกครองอาจไม่มีความเคร่งครัดเช่นเดียวกับการปรับใช้กับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือฝ่ายปกครองสามารถ “เลือก” ที่จะใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ และตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายห้าม ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในการเลือกใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการทำภารกิจทางปกครองได้ตามความเหมาะสมและสภาพของเรื่อง ซึ่งมีภารกิจบางอย่างโดยสภาพไม่อาจกระทำการในรูปแบบสัญญาได้ เช่น ภารกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคงเช่น ตำรวจหรือทหาร การป้องกันประเทศ ภารกิจในทางการคลังสาธารณะ การจัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งไม่มีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดในระบบกฎหมายไทยที่บัญญัติห้ามไว้ แต่เป็นแนวคิดที่ศาลไทยได้รับอิทธิพลมาจากการวางหลักในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั่นเอง ซึ่งก็น่าคิดว่าในอนาคตระบบกฎหมายไทยจะเปิดกว้างยอมรับให้มีการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับภารกิจเหล่านี้มากน้อยเพียงใดในอนาคต

ส่วนการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากกฎนั้น ในระบบกฎหมายไทย “กฎ” มีลักษณะทวิลักษณ์ คือเป็นทั้งการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปและเป็นกฎหมายในเวลาเดียวกัน กรณีที่เป็นปัญหาในทางทฤษฎีคือความทับซ้อนระหว่างสัญญาทางปกครองและกฎจะเกิดขึ้นในกรณีของ “สัญญาแบบ” ซึ่งกำหนดขึ้นโดยระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการพัสดุ ซึ่งยังไม่มีคำอธิบายที่แน่ชัดในระบบกฎหมายไทยว่าสัญญาดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นกฎหรือไม่ และผู้มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องเพิกถอนสัญญาแบบดังกล่าวได้หรือไม่เพียงใด ศาลปกครองเคยวางหลักไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2544 ว่าสัญญาแบบดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างของสัญญาและไม่มีลักษณะเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในขณะที่ บุปผา อัครพิมาน ได้ตั้งข้อสังเกตในเรื่องนี้ไว้ว่าสัญญาสำเร็จรูปที่ถูกกำหนดโดยหน่วยงานราชการอื่นที่ไม่ใช่

Ref. code: 25595601032187GRS

หน่วยงานคู่สัญญามีสถานะเป็นกฎที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป[13] ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องนำรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปนั้นมาใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นภายหลังในเงื่อนไขเดียวกันและอาจเป็นวัตถุแห่งคดีในการฟ้องคดีเพิกถอนได้[14]

ส่วนในกรณีของคำมั่นทางปกครองหรือคำมั่นว่าจะกระทำการทางปกครองนั้นยังเป็นการกระทำทางปกครองที่ยังไม่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย “คำมั่นทางปกครอง” หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาผูกพันตนเองต่อบุคคลเฉพาะรายว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างหนึ่ง เช่น จะออกหรือยกเว้นการออกคำสั่งทางปกครอง[15] ซึ่งเป็นข้อความคิดในทำนองเดียวกับข้อความคิดในเรื่อง *Zusicherung* ในระบบกฎหมายเยอรมัน ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากคำมั่นทางปกครองนั้น สามารถใช้เกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนาของเอกชนมาเป็นเกณฑ์ได้ เนื่องจากคำมั่นทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

4.1.2.2 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน

เนื่องจากระบบกฎหมายไทยจัดอยู่ในสกุลกฎหมายที่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ดังนั้นการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนนั้นจึงมีจุดชี้วัดอยู่ที่ว่า ฝ่ายปกครองนั้นได้กระทำการในรูปแบบสัญญาในดินแดนของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตามจุดชี้วัดดังกล่าวนั้นยังไม่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครองได้อย่างครบถ้วน เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนนั้นมีความหมายกว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง เราจึงต้องพิจารณา “นิยาม” ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยเสียก่อน

นิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ถือเป็นนิยามที่เป็นความหมายขอบ ไม่ใช่ความหมายแกน[16] กล่าวคือบทบัญญัติดังกล่าวใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” แสดงให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่ได้มีความหมายเฉพาะแค่สัญญาสี่ประเภทตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา3 เท่านั้น ดังนั้นนิยามที่แท้จริงของสัญญาทางปกครองจึงไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ต้องพัฒนาหลักว่าสัญญาอะไรบ้างควรจัดเป็นสัญญาทางปกครอง

---

[13] บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545) น.115.

[14] บุปผา อัครพิมาน, *เพิ่งอ้าง,* น. 116.

[15] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 12, น.149.

[16] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.296.

Ref. code: 25595601032187GRS

อย่างไรก็ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้วางหลักเกณฑ์เบื้องต้นในเรื่องการจำแนกสัญญาทางปกครอง โดยใช้หลักเกณฑ์สองชนิดคือ (1) *หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร* กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่จะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ และ (2) *หลักเกณฑ์ในเชิงเนื้อหา* ซึ่งเป็นการพิจารณาเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองดังที่บัญญัติไว้เป็นตัวอย่างในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พร้อมๆกับการพิจารณามติที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ซึ่งได้เพิ่มเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะเชิงเนื้อหาของสัญญาทางปกครองขึ้นบางประการ ดังนี้

(1) หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือเป็น “บุคคลที่กระทำแทนรัฐ” ซึ่งจะต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล[17] เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย รัฐและรัฐบาลนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่จะเป็นคู่สัญญาได้โดยตรง แต่สถานะนิติบุคคลนั้นกลับไปอยู่ที่หน่วยงานทางปกครองต่างๆ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน[18]

การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามลักษณะของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ในเชิงองค์กรจึงต้องพิจารณาความเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม[19] ราชการส่วนภูมิภาค[20] ราชการส่วน

---

[17] บุปผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.110

[18] โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, “โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ”โครงการเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, สิงหาคม 2547 น. 81, 106.

[19] ยกตัวอย่างเช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา สำนักคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น

[20] ได้แก่ จังหวัดและอำเภอ ซึ่งมีแต่จังหวัดเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล จังหวัดจึงสามารถทำสัญญาทางปกครองได้

Ref. code: 25595601032187GRS

ท้องถิ่น[21] รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา[22] หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ[23] และให้หมายความถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง[24]

ส่วน “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” นั้นหมายถึง บุคคลผู้ได้รับมอบหมายโดยตรงจากรัฐตามหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ หรือได้รับมอบหมายโดยปริยายจากลักษณะของเรื่อง เช่นในกรณีของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายเอกชน ซึ่งไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำสัญญากับเอกชนรายอื่นเกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภค ย่อมถือเป็นการทำการแทนหน่วยงานทางปกครองโดยปริยาย[25]

---

[21] ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ เช่นกรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา เป็นต้น

[22] รัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น ทำให้สัญญาที่ทำโดยรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชนกับเอกชนรายอื่น ไม่เข้าลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย เว้นแต่จะเข้าลักษณะเป็น “บุคคลที่กระทำการแทนรัฐ” เช่น สัญญาของบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะเป็นรัฐวิสาหกิจตามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณก็ตาม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 635/2547) หรือ สัญญาของธนาคารเอกชนที่รัฐถือหุ้นใหญ่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2550)

[23] เช่น องค์กรมหาชนต่างๆที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 องค์กรอิสระทางปกครอง หน่วยงานธุรการของศาลหรือรัฐสภา สำนักงานคณะกรรมการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น

[24] คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ 4/2549 ตัดสินว่าบริษัทท่าอากาศยานไทยจำกัด (มหาชน) เป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 เนื่องจากเป็นบริษัทที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจที่ยังคงมีวัตถุประสงค์ในการประกอบและส่งเสริมการท่าอากาศยานดังเดิม และยังได้รับสิทธิพิเศษหรือความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งก็คือพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทท่าอากาศยานไทยจำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2545 ถือเป็น หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

[25] เป็นการปรับใช้ทฤษฎีเรื่องตัวแทนโดยปริยาย หรือ Mandat tacite ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตามหลักที่สภาแห่งรัฐได้วางไว้คดี *Entreprise Peyrot* ซึ่งปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2548 และ 406/2548 อย่างไรก็ตาม ไชยวัฒน์ บุนนาค มีความเห็นว่า ไม่สามารถปรับใช้เรื่องตัวแทนเชิดหรือตัวแทนโดยปริยายกับการมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นคู่สัญญากับสัญญาทางปกครองได้ และเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องตรวจสอบว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นมีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญากับตนหรือไม่ ตามกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานนั้นๆ จะอ้างหลักตัวแทนเชิดขึ้นยันรัฐมิได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลจากการมอบหมาย (delegation) ในระบบ

Ref. code: 25595601032187GRS

นอกจากนั้นศาลปกครองยังเคยตีความให้ “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” รวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง แต่กลับไปทำสัญญากับเอกชน โดยถือเป็นการทำแทนหน่วยงานไปโดยปริยาย เนื่องจากสัญญาทำโดยผู้บังคับบัญชาระดับหัวหน้ากองอันทำให้เอกชนเข้าใจผิดว่ามีอำนาจทำแทนหน่วยงาน[26] ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาของศาลปกครองยังไม่มีเอกภาพในเรื่องการขาดอำนาจของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้นใกล้เคียงกับการทำสัญญาโดยปราศจากอำนาจ ซึ่งส่งผลให้สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนอาจตกเป็นโมฆะได้ นอกจากนั้นศาลปกครองยังเคยวินิจฉัยให้สัญญาที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจทำสัญญานั้นเป็นสัญญาที่ผูกพันเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวหรือเป็นสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนไปเลย[27] โดยไม่ได้วินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงจนตกเป็นโมฆะ ซึ่งระบบกฎหมายไทยยังไม่มีจุดตัดที่ชัดเจนในเรื่องนี้

ปัญหาที่มักเกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็คือ ในระบบกฎหมายไทยนั้นมีองค์กรหลายองค์กรที่มีสถานะทางกฎหมายไม่ชัดเจน เช่น โรงพิมพ์ตำรวจ[28] บริษัทที่ถือหุ้นโดยสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์[29] หรือเป็นกรณีที่ผู้ทำสัญญาไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลทั้งๆที่มีสถานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น กรณีกรมสวัสดิการทหารอากาศไม่ใช่นิติบุคคล ไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง ถือว่าเจ้ากรมสวัสดิการทำสัญญาในฐานะส่วนตัว สัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาทางปกครอง[30] หรือ โรงงานยาสูบซึ่งไม่มีสภาพนิติบุคคล จึงต้องทำสัญญาในนามของกระทรวงการคลัง เป็นต้น

กฎหมายอังกฤษ โปรดดู ไชยวัฒน์ บุนนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน Which Way To Go?”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (มิถุนายน 2549) น. 273.

[26] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547

[27] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 634/2546

[28] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 870/2548 โรงพิมพ์ตำรวจถูกตั้งขึ้นโดยคำสั่งของกรมตำรวจ ถือว่าไม่ใช่ส่วนราชการ จึงไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง สัญญาจ้างพนักงานโรงพิมพ์จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

[29] คำวินิจฉัยกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 63/2537 บริษัท สหศีนิมา เป็นบริษัทที่สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ถือหุ้นกว่าร้อยละ 91 ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจแต่ถือเป็นบริษัทเอกชน เพราะสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์มิได้เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ นอกจากนั้นยังเคยมีคำวินิจฉัยกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 288/2538 ซึ่งวางหลักว่า สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์มีฐานะเป็นเอกชน อย่างไรก็ตามสถานะของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์นั้นยังเป็นที่ถกเถียงในระบบกฎหมายไทยอยู่ โปรดดู กิตติศักดิ์ อุไรวงศ์, “ความเป็นมาและปัญหาสถานะทางกฎหมายของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.80. ซึ่งมีความเห็นว่าหน่วยงานดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนซึ่งใกล้เคียงกับส่วนราชการ

[30] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 19/2546

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) หลักเกณฑ์ในเชิงเนื้อหา สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้นั้น จะต้องมีเนื้อหาของสัญญาที่เข้าลักษณะของสัญญาทางปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งได้แก่สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือ มีเนื้อหาของสัญญาตรงตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 กำหนดซึ่งได้แก่สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและสัญญาให้เข้าเอกชนดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ดังนี้

(i) สัญญาสัมปทาน คำว่า “สัมปทาน” มีความหมายอย่างไรนั้น ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีคำอธิบายที่ครอบคลุม อย่างไรก็ตามศาลปกครองได้เคยวางหลักว่า สัญญาสัมปทานหมายถึง สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการด้านสาธารณูปโภค[31] ซึ่งให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนเป็นการตอบแทน[32] เช่น สัญญาตั้งเครือข่ายสื่อสารผ่านทางดาวเทียม[33] หรือ สัญญาอนุญาตให้เอกชนใช้คลื่นความถี่[34]เพื่อให้บริการประชาชนต่อไป สัญญาสัมปทานทางหลวง[35]ซึ่งบริษัทเอกชนจะต้องลงทุน ออกแบบ ประกอบการ และซ่อมบำรุงทางหลวงที่ตนได้รับสัมปทาน นอกจากนั้นศาลยังตีความให้สัญญาสัมปทานนั้นรวมถึงสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนทั้งฉบับด้วย[36]

---

[31] การตีความคำว่า “สาธารณูปโภค” ในระบบกฎหมายไทยยังคงได้รับอิทธิพลจากพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 และ คำสั่งคณะปฏิวัติที่ 58 วันที่ 26 มกราคม 2515 เป็นอย่างสูง กล่าวคือ กิจการที่เป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ กิจการรถไฟ รถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซ และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

[32] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 49/2549 ซึ่งยังเป็นนิยามของสัญญาสัมปทานที่ไม่ครอบคลุมและยังเป็นนิยามที่มีความทับซ้อนกันอยู่มาก เนื่องจากสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นการให้อำนาจผูกขาดแก่เอกชนบางชนิดนั้นไม่ได้เป็นกิจการด้านสาธารณูปโภคเสมอไป เช่น สัมปทานสลากกินแบ่ง แสดงให้เห็นว่าเป็นคำนิยามสัมปทานที่แคบกว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งนิยามสัมปทานในฐานะรูปแบบหนึ่งของการมอบให้ผู้อื่นจัดทำบริการสาธารณะ (delegation de service publique) ซึ่งผู้รับสัมปทานต้องรับความเสี่ยงภัย (risque) และได้รับค่าบริการจากผู้ใช้บริการ

[33] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 351/2548

[34] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 49/2549

[35] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 594/2553

[36] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547 สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ UHF ระหว่างสำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีกับบริษัทไอทีวี และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 164/2551 สัญญาร่วมงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ในภูมิภาค ระหว่าง บริษัททีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) และบริษัททีโอทีจำกัด (มหาชน) มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่รัฐ

Ref. code: 25595601032187GRS

(ii) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายถึง สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองให้เอกชนเข้าทำภารกิจที่โดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนโดยตรง และมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ[37] เช่น สัญญาที่เทศบาลจ้างเอกชนเก็บขยะมูลฝอย[38] สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปาเปลี่ยนมาตรวัดน้ำและประสานวัดมาตรน้ำกับประชาชน[39] สัญญาจ้างขุดลอกหนองน้ำสาธารณะ[40] สัญญาซึ่งทำขึ้นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมบรรลุผล[41] สัญญาให้เอกชนเป็นผู้จัดเก็บรายได้และพัฒนาตลาดสด[42] สัญญาให้เอกชนร่วมดำเนินกิจการโครงการบ้านเอื้ออาทรซึ่งเอกชนมีหน้าที่จัดหาที่ดินและเงินทุนในการก่อสร้าง[43] เป็นต้น

ปัจจุบันสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทยมีแนวโน้มที่จะขยายความกว้างมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็น สัญญาลาศึกษาต่อของข้าราชการ[44] สัญญารับทุนการศึกษา[45] สัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐหรือลูกจ้างของส่วนราชการ[46]

อนุญาตให้บริษัททีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) เข้าร่วมงานและร่วมลงทุนในกิจการโทรศัพท์พื้นฐานตามพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3

[37] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.298.

[38] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 256/2550 อ้างใน *เพิ่งอ้าง*.

[39] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545

[40] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 631/2549, 697/2549

[41] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2557 กรณีข้อตกลงระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) และบริษัท TOT กำหนดหลักเกณฑ์การคิดค่าเชื่อมโยงสำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ถือเป็นสัญญาซึ่งทำขึ้นเพื่อให้ภารกิจของ กสท. ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมบรรลุผล

[42] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 27/2549

[43] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 62/2557

[44] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2556, คำสั่งที่ 218/2548, คำสั่งที่ 236/2550 และ คำสั่งที่ 696/2550 และ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2555

[45] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 29/2553, 25/2545 และ 6/2547และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 400/2550, 262/2551, 357/2552, และ 85/2554

[46] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 555/2546 (ประชุมใหญ่) 274/2548, 731/2550 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 81/2559

Ref. code: 25595601032187GRS

ท้องถิ่น[47] มหาวิทยาลัยของรัฐ[48] องค์การมหาชน[49] รัฐวิสาหกิจ[50] หรือแม้แต่บริษัทที่รัฐถือหุ้นใหญ่[51] รวมถึงสัญญาทางเศรษฐกิจซึ่งถือเป็นนโยบายในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐบาล เช่น สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพ และจัดจำหน่ายข้าวในโครงการรับจำนำข้าว[52] และยังขยายไปถึงสัญญาให้ประกอบกิจการที่จอดรถและเช่าที่อากาศยาน[53] สัญญาให้เช่าอาคารสถานีขนส่งของเทศบาลเพื่อเป็นที่จอดรถและเป็นที่พักผู้โดยสาร[54]อีกด้วย

สัญญาประเภทนี้ยังรวมถึง สัญญาให้เอกชนกู้ยืมเงินเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น การให้เอกชนกู้ยืมเงินจากกองทุนซึ่งอยู่ในการดูแลของสำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็กเพื่อไปผลิตสื่อสำหรับเด็ก[55] สัญญาให้เอกชนซึ่งเป็นพ่อค้าคนกลางกู้ยืมเงินเพื่อนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนในการรับซื้อสับปะรดจากเกษตรกรที่เข้าโครงการแทรกแซงตลาดของรัฐบาล (76/2551)

ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังตีความขยายสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะให้รวมไปถึงสัญญาจัดหา (supply) เครื่องมือพิเศษที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาซื้ออะไหล่เครื่องบินของกองทัพอากาศ[56] หรือ สัญญาจ้างทำหลักเทียบเรือของกองทัพเรือกับเอกชน[57] สัญญาจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยเดินอากาศของกรมการ

---

[47] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 240/2554

[48] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 342/2553, 253/2554, 256/2554

[49] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 650/2553

[50] ปกติแล้วคดีพิพาทเกี่ยวกับพนักงานรัฐวิสาหกิจจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลแรงงาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 18/2551) เว้นแต่ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ ถือเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ 4/2549) อย่างไรก็ตามมีการกลับคำวินิจฉัยอีกครั้งในคำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ 76/2555 ซึ่งก็ไม่ได้วินิจฉัยไปถึงเนื้อของสัญญาว่าสัญญาจ้างผู้บริหารรัฐวิสาหกิจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่แต่วินิจฉัยจากเหตุแห่งการฟ้องคดี ว่าเป็นคดีที่เกิดจากการพิพาทตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงอยู่ในอำนาจของศาลแรงงานเท่านั้น

[51] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 91/2551 กรณีสัญญาจ้างบุคคลเข้ามาเป็นผู้บริหารในตำแหน่งกรรมการผู้จัดการใหญ่ของบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)

[52] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2551 และ 4/2552

[53] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2548 ซึ่งศาลให้เหตุผลว่าการจัดที่จอดรถให้เพียงพอถือเป็นบริการสาธารณะรูปแบบหนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญานี้มีความใกล้เคียงกับสัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาก

[54] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 724/2552

[55] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 634/2550 และ 847/2550

[56] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2546

[57] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546

Ref. code: 25595601032187GRS

บินพาณิชย์ สัญญาซื้อร่มชูชีพเพื่อใช้ในการฝึกทหาร สัญญาซื้อและติดตั้งคอมพิวเตอร์และระบบประมวลผลด้านการแพทย์[58] สัญญาซื้อขายรถบรรทุกน้ำ[59] สัญญาเช่ารถกวาดดูดฝุ่น[60]

นอกจากนี้ยังรวมถึง สัญญาจ้างบริการ (service) ซึ่งศาลปกครองและคณะกรรมการชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาลถือว่าเป็นสัญญามอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างรับเหมาบริการจัดให้มีพนักงานอำนวยความสะดวกในการให้ข้อมูลแก่ผู้โดยสารในสนามบินสุวรรณภูมิ[61] สัญญาจัดจ้างให้มีการเรียนการสอนใช้คอมพิวเตอร์แก่นักศึกษา[62] สัญญาจ้างให้ผลิตสารคดีเฉลิมพระเกียรติ[63] สัญญาให้บริการทางการแพทย์ตามกฎหมายประกันสังคมระหว่างโรงพยาบาลกับสำนักงานประกันสังคม[64] สัญญาจ้างพนักงานขับรถขององค์การบริหารส่วนตำบล[65] เป็นต้น

และยังมีกรณีที่น่าสนใจและนับเป็นการวางหลักที่ขยายไปไกลจากสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะที่สุด คือ การที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (shareholder's agreement) ในบริษัทร่วมทุนระหว่างเอกชนและการสื่อสารแห่งประเทศไทยซึ่งประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นสัญญาทางปกครอง[66]

อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายไทยปรากฏการทับซ้อนกันระหว่างการแบ่งประเภทสัญญาทางปกครองระหว่างสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค โดยเฉพาะในกรณีสัญญาจ้างก่อสร้างหรือซ่อมแซมอาคารของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ตัดสินว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะไว้ในคำวินิจฉัยบางส่วน เช่น สัญญาก่อสร้างหอพักนิสิต[67] สัญญาซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธสำนักงานตำรวจแห่งชาติ[68] สัญญาก่อสร้างและปรับปรุงอาคารของกรมการปกครอง[69] สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารของฝ่าย

---

[58] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 (ประชุมใหญ่)

[59] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 13/2557 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 969/2557 และ 140/2558

[60] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 92/2556

[61] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2551

[62] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2547

[63] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2553

[64] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 117/2552

[65] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 156/2558

[66] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 610/2546

[67] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 11/2549 ทำนองเดียวกันกับสร้างอาคารฝึกอบรมตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 56/2548 198/2549) และคำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547

[68] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547

[69] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2551

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครอง[70] โดยศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลให้เหตุผลในทำนองว่าอาคารเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ ในขณะเดียวกันก็มีคำพิพากษาและคำวินิจฉัยอีกกลุ่มที่ตัดสินให้เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังที่จะกล่าวต่อไป

(iii) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค การตีความคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ในสัญญาประเภทนี้เป็นการตีความคนละอย่างกับคำว่า “สาธารณูปโภค” ที่ศาลใช้ในการตีความสัญญาสัมปทาน โดยการ “จัดให้มี[71]” “สิ่งสาธารณูปโภค”ในสัญญาประเภทนี้ศาลได้ตีความว่าเป็นการจัดให้มีสิ่งก่อสร้างถาวรวัตถุที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง หรือเป็นสิ่งที่จัดทำขึ้นเนื่องจากเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างถนน[72] ท่อระบายน้ำ[73] สะพาน[74] ฝาย[75]กำแพงป้องกันตลิ่ง[76] ระบบระบายน้ำ รวบรวมน้ำเสีย และบำบัดน้ำเสีย[77] สัญญาปรับปรุงท่อประปา[78] สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างขุดลอกคลอง[79] สัญญาจ้างติดตั้งไฟให้ความสว่างในทางหลวง[80] เป็นต้น รวมถึงสัญญาจ้างก่อสร้างหรือปรับปรุงถาวรวัตถุที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น อาคารที่ทำการ อาคารสถานศึกษาของรัฐ[81] โรงพยาบาล[82] หอบังคับการบิน[83] สถานีตำรวจดับเพลิง[84] ส้วมโรงเรียน[85] และยังขยายไปถึงสัญญาซื้อขายที่ดินที่จะ

---

[70] คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 47/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2553

[71] คำว่า “จัดให้มี” สามารถเทียบเคียงได้กับคำว่า “Procuring” ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ส่วนคำว่า “สาธารณูปโภค” ก็สามารถเทียบเคียงกับคำว่า Public Utilities ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป แต่เมื่อรวมคำทั้งสองกลายเป็นคำว่า “จัดให้มีสาธารณูปโภค” ในระบบกฎหมายไทยกลับไม่ตรงกับข้อความคิดของคำว่า “Public Utilities Procurement” ซึ่งเป็นการจัดหาภาครัฐในกิจการพิเศษตามระบบกฎหมายสหภาพยุโรป แต่ระบบกฎหมายไทยกลับตีความการ “จัดให้มีสาธารณูปโภค” อย่างกว้างมากโดยยึดโยงกับความเป็นถาวรวัตถุและการที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้

[72] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 210/2548, 362/2548 และ 52/2549

[73] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 249/2549

[74] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 198/2548, 298/2548 และ 513/2548

[75] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 614/2545

[76] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546

[77] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2547

[78] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 51/2548

[79] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2548 และ 84/2548

[80] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2548

[81] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545

[82] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545

[83] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 58/2548

[84] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2548

[85] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 813/2548

Ref. code: 25595601032187GRS

ถูกเวนคืนเพื่อไปขยายทางหลวงหรือขยายเขตคลอง[86] รวมถึงสัญญาให้ใช้ที่ดินเพื่อก่อสร้างถนนอีกด้วย

อย่างไรก็ตามปัจจุบันคำว่า “สาธารณูปโภค”ได้รับการบัญญัตินิยามในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หมายความว่า งานอันเกี่ยวกับการประปา การไฟฟ้าการสื่อสาร การขนส่งทางท่อ ทางน้ำ ทางบก ทางอากาศ หรือทางราง หรือการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดิน ใต้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน ซึ่งเป็นนิยามที่ใกล้เคียงกับคำว่า “utilities” ในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปมาก จึงต้องรอดูทิศทางในอนาคตว่าศาลปกครองจะเปลี่ยนแนวการตีความคำว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” และ “สาธารณูปโภค” ในความหมายของสัญญาสัมปทาน ให้เป็นเอกภาพต่อไปหรือไม่

(iv) สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนเข้าแสวงหาประโยชน์ใดๆจากทรัพยากรธรรมชาติ โดยเอกชนจ่ายค่าตอบแทนให้กับฝ่ายปกครอง สัญญาประเภทนี้มีความใกล้เคียงกับสัญญาสัมปทานเป็นอย่างมาก[87] สัญญาทางปกครองประเภทนี้มักจะเกิดจากกรณีที่กฎหมายกำหนด เช่น การอนุญาตให้สำรวจและผลิตปิโตรเลียม ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 การออกอาชญาบัตรและประทานบัตรในการทำเหมืองแร่ ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 การประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐตามประมวลกฎหมายที่ดิน[88] หรือการทำป่าไม้ ซึ่งจะมีขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกสัญญาเป็นพิเศษไม่เหมือนกับสัญญาสัมปทาน มีข้อสังเกตว่าสัญญาทางปกครองประเภทนี้มีความใกล้เคียงกับการให้อนุญาตฝ่ายเดียวมากกว่าที่จะเป็นสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้กับรัฐ ไม่ว่าตนจะได้ประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวหรือไม่ได้ก็ตาม เช่น การที่ผู้ประกอบการเอกชนไม่ได้รับประโยชน์ใดๆจากการทำเหมืองแร่ เนื่องจากประชาชนคัดค้านจนไม่สามารถประกอบการได้[89]

ส่วนเกณฑ์ในทางเนื้อหาตามที่มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 กำหนด ได้แก่

---

[86] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2546 และ 678/2557

[87] โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 491/2545, 560/2545, 34-37/2546, 53/2546, 66/2546, 117/2546,130-141/2546, 579-580/2546, 88/2547, 108-120/2547, 137/2547, 159/2547, 328/2547, 793/2547, 798/2547, 930/2547, 128/2548, 140/2548, 161/2548, 370/2548, 358/2549, 359/2549, 368/2549, 370/2549, 371/2549, 372/2549, 374/2549 และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 85/2549 อ้างใน สำนักพัฒนาระบบคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” มกราคม 2551 น.63

[88] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548

[89] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 305/2554 มีข้อสังเกตว่ากรณีไม่ใช่กรณีที่จะสามารถปรับเข้าทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้เพื่อปรับดุลยภาพทางการเงินของคู่สัญญา

Ref. code: 25595601032187GRS

(v) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญามีการให้เอกสิทธิ์กับฝ่ายปกครองในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมงานตามสัญญา และสั่งให้ทำงานพิเศษได้ ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขัดขืน อาจถูกสั่งให้หยุดกิจการได้ และยังมีสิทธิสั่งให้แก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่างๆในเอกสารสัญญา[90] การให้สิทธิฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาได้แม้ผู้รับจ้างจะไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ[91] สัญญาที่มิได้ทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกัน[92] หรือ การให้สิทธิคู่สัญญาในการกำกับควบคุมอย่างใกล้ชิด เช่น สัญญาร่วมงานและดำเนินกิจการวิทยุกระจายเสียงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติและเอกชนซึ่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติสามารถกำหนดนโยบายและควบคุมบริหารการกระจายเสียง สามารถแก้ไข ตัดตอนและระงับการออกอากาศได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน[93]

(vi) สัญญาให้เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งสัญญาทางปกครองประเภทนี้ทับซ้อนกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะในลักษณะที่เป็นการขยายความให้เห็นถึงการที่เอกชนเข้าร่วมทำบริการสาธารณะโดยตรงมากขึ้น เช่น สัญญาจัดการบริการเทียบท่าเรือ[94] สัญญาช่วยเหลือหน่วยงานปกครองในกระบวนการเลือกตั้ง[95] สัญญาจ้างให้บริหารชุมชนในโครงการบ้านเอื้ออาทร[96] เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่าในระบบกฎหมายไทย ศาลปกครองนั้นยอมรับว่าสัญญาทางปกครองอาจมีมากกว่าหนึ่งลักษณะและอาจมีการทับซ้อนระหว่างกัน[97] เช่น สัญญาสัมปทานและสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาที่มีข้อกำหนดแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและมีข้อกำหนดแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เป็นต้น นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งซึ่งตัดสินเพียงแต่ว่าสัญญาที่พิพาทเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่ได้ระบุว่าเป็นสัญญาประเภทใด[98]

---

[90] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 583/2547

[91] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 กรณีของสัญญาก่อสร้าง และ 90/2556 กรณีของสัญญาจัดหาและติดตั้งระบบสลาก

[92] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555

[93] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 132/2551 ตัวอย่างที่คล้ายกันคือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 538/2558 การสั่งระงับการออกอากาศโดยฝ่ายปกครองไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา

[94] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2549

[95] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 313/2549

[96] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 81/2553

[97] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545

[98] เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2547 610/2546 226/2547 743/2547 และ 258/2549

Ref. code: 25595601032187GRS

ส่วนประเด็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาค้ำประกันของสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทยได้อธิบายเรื่องนี้โดยใช้หลักเรื่องประเด็นหลัก-ประเด็นรอง กล่าวคือระบบกฎหมายไทยไม่ได้ชี้ชัดว่าสัญญาอุปกรณ์นั้นมีสถานะเป็นเช่นเดียวกับสัญญาหลัก แต่อธิบายในทำนองที่ว่าสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาหลักนั้นเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้นประเด็นรองของคดีคือสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วย[99] ซึ่งเป็นคำอธิบายที่ต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งใช้หลักสัญญาอุปกรณ์ย่อมมีสถานะเช่นเดียวกับสัญญาหลัก

ในกรณีของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในทางปกครอง นั้นยังคงมีความไม่แน่นอนในระบบกฎหมายไทยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ อย่างไรก็ตามเคยมีคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2548 ตัดสินให้คดีพิพาทที่ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ก่อสร้างอาคารตามสัญญาทางปกครองฟ้องหน่วยงานทางปกครองให้ชำระค่าเสียหาย เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ไม่ได้วินิจฉัยไปถึงว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถึงกระนั้นแนววินิจฉัยดังกล่าวก็ถูกกลับในคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 50/2553 ซึ่งกำหนดให้การฟ้องเรียกเงินตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองนั้น ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้สัญญาดังกล่าวโดยลักษณะแล้วจะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาดังกล่าวสมควรอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองด้วยการให้เหตุผลในทำนองเดียวกับการให้สัญญาอุปกรณ์อยู่ในการพิจารณาของศาลปกครอง

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาที่ขยายเขตอำนาจของศาลปกครองออกไปกว้างขึ้นคือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.385/2557 และ อ. 455/2557 ซึ่งตัดสินว่าสัญญาค้ำประกันในการจัดหางานระหว่างเอกชนกับบริษัทผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตให้จัดหางานให้บุคคลไปทำงานต่างประเทศตามพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 ถือเป็นสัญญาที่มีที่มาต่อเนื่องจากนิติสัมพันธ์ทางปกครองจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลไม่ได้ปรับเข้าลักษณะของสัญญาทางปกครองประเภทใดๆทั้งสิ้น

4.1.3 สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายไทย

โดยหลักแล้วสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่ “สัญญาทางปกครอง” ย่อมเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน หรือที่นิยมเรียกกันว่า “สัญญาทางแพ่ง” ของฝ่ายปกครอง แม้ในหลายกรณีสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองมากก็ตาม ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายไทยได้เป็นอย่างดี

---

[99] คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ 26/2546 45/2547 4/2552 12/2552 29/2553 7/2555 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 481/2550 และ 42/2555 เป็นต้น อ้างใน สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์, คู่มือสอบกฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพ: วิญญูชน 2557) น.270

Ref. code: 25595601032187GRS

ตัวอย่างของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ได้แก่ สัญญาซื้อขายไฟฟ้า[100] หรือน้ำมันเชื้อเพลิง[101]ของฝ่ายปกครอง สัญญาใช้บริการโทรศัพท์และอินเตอร์เน็ต[102] ระหว่างเอกชนและหน่วยงานทางปกครอง สัญญาเช่าที่ดินหรือวัสดุครุภัณฑ์ซึ่งไม่มีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ[103] เช่น การรถไฟทำสัญญาให้เอกชนเช่าที่ดิน[104] เทศบาลทำสัญญาให้เอกชนเช่าอาคาร[105] การเคหะแห่งชาติเช่าซื้ออาคารพาณิชย์จากเอกชน[106] สัญญาให้ดำเนินกิจการร้านอาหารในโรงเรียน[107] สัญญาให้ดำเนินกิจการร้านค้าสวัสดิการในโรงพยาบาลรัฐ[108] สัญญาใช้สอยที่ดินหรือครอบครองที่ดินเอกชนชั่วคราวเพื่อวางระบบการขนส่งท่อปิโตรเลียม[109] สัญญาเข้าเป็นสมาชิกของศูนย์กีฬากองทัพบก[110] ข้อตกลงการจัดสรรที่ดินของการรถไฟเพื่อทดแทนที่ดินเดิมที่พิพาทกันเรื่องสัญญาเช่า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 882/2548)

ส่วนตัวอย่างของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนที่ใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองจนยากที่จะแบ่งแยกจากสัญญาทางปกครองลักษณะต่างๆ เช่น

- สัญญาทางแพ่งที่ใกล้เคียงกับสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาจ้างทำความสะอาดสุขาในสวนสัตว์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 60/2546) หรือทำความสะอาดโรงพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 94/2549) สัญญาซื้อขายดินลูกรังเพื่อไปซ่อมแซมถนน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 146/2548) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักข้าราชการของมหาวิทยาลัยแม่โจ้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่41/2545) สัญญาจ้างซ่อมรถยนต์ของฝ่ายปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 73/2547) โดยศาลปกครองเห็นว่าสัญญาดังกล่าวยังห่างไกลกับการบริการสาธารณะ

- สัญญาทางแพ่งที่ใกล้เคียงกับสัญญาจัดหาเครื่องมือพิเศษที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ (supply) เช่น สัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อระหว่างกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์กับ

---

[100] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 174/2545

[101] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 67/2547

[102] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 462/2558

[103] คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลที่ 23/2546 355/2547 772/2547 107/2549 109/2549 และ 120/2549

[104] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 192/2545

[105] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 492/2547

[106] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 107/2546

[107] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2546

[108] คำสั่งที่ศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2546

[109] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 175/2545

[110] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 336/2547

Ref. code: 25595601032187GRS

เอกชน[111] สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าเพื่อใช้ในโรงพยาบาล[112] สัญญาซื้อขายเครื่องส่งวิทยุของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ[113] สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน[114] สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสวนหัวใจของมหาวิทยาลัยขอนแก่น[115] สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะของเทศบาล[116] ทั้งหมดล้วนแล้วแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเกณฑ์ในการบ่งชี้ว่าสัญญาจัดหาเครื่องมือพิเศษที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นเป็นเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัยมาก และยากที่จะหาจุดตัดที่ชัดเจน

- สัญญาทางแพ่งที่ใกล้เคียงกับสัญญารับทุนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญารับทุนให้เปล่าซึ่งไม่ได้กำหนดให้ผู้รับทุนกลับเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ[117] หรือ สัญญาให้เข้าศึกษาอบรมซึ่งไม่มีเงื่อนไขให้คู่สัญญากลับเข้ารับราชการ[118] ล้วนเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งจุดตัดอยู่ที่การกลับมารับราชการ ซึ่งศาลตีความเป็นการให้จัดทำบริการสาธารณะรูปแบบหนึ่ง

กล่าวโดยสรุป สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น ได้รับอิทธิพลอย่างมากมาจาก contrat administratif ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และรับซึ่งความคลุมเครือในการแบ่งแบกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนด้วย แต่ฝรั่งเศสและไทยกลับมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่แตกต่างกัน ในไทยยังไม่ปรากฏลักษณะของการกำหนดโดยกฎหมายให้สัญญาใดสัญญาหนึ่งเป็นหรือไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เลือกที่ใช้การตีความโดยศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยเขตอำนาจระหว่างศาลแทน ซึ่งมีการตีความให้สัญญาหลายอย่างเช่น สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภคเป็นสัญญาทางปกครองที่กว้างกว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีประเภทใกล้เคียงกัน นอกจากนั้นแม้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยจะมีนิยามที่ไม่ใช่ความหมายแกน ซึ่งเปิดช่องให้มีการปรับใช้แนวคิดของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายอื่นๆ เช่นระบบกฎหมายเยอรมันได้ แต่ในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยยังคงไม่เปิดช่องให้มีการใช้สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองในความหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเท่าใดนัก ศาลปกครองไทยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2544 ได้เคยตีความว่า สัญญาที่เอกชนยกที่ดินให้กับกองทัพเรือโดยมีเงื่อนไขให้กองทัพเรือไปดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นเหตุในการคัดค้านการออกโฉนดที่ดินของตน นั้นไม่ใช่

---

[111] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่112/2544

[112] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 61/2545

[113] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 536/2545

[114] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่132/2544

[115] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 82/2545

[116] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่423/2546

[117] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 724/2547 และ 698/2547

[118] คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาลที่ 545/2547 786/2548 847/2548 851/2548 854/2548 855/2548 และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 50/2549

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในท้ายที่สุดจึงต้องรอดูพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยว่าจะมีการเปิดรับแนวคิดจากระบบกฎหมายอื่นมากน้อยเพียงใด เพื่อปรับใช้กับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

4.2 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายเอกชนของไทยนั้นความสัมพันธ์ในทาง “สัญญา” จะเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำคำสนองรับต้องตรงตามคำเสนอนั้นภายในเวลาที่กำหนดในคำเสนอ หรือ อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งได้ให้คำมั่นไว้ก่อนว่าจะทำสัญญาและคู่กรณีอีกฝ่ายได้สนองรับตามคำมั่นนั้นในกำหนดระยะเวลา[119] หลักการเกิดขึ้นของสัญญาดังกล่าวได้ถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม แต่การทำคำเสนอหรือคำสนองของฝ่ายปกครอง ที่จะก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ถูกควบคุมด้วยกฎหมายและระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ โดยเฉพาะในเรื่องของความมีอำนาจในการทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ กระบวนการขั้นตอนในการคัดเลือกคู่สัญญา และการกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา

ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ย่อมสามารถบังคับใช้กฎหมายแพ่งกับสัญญาได้โดยตรง แต่ในกรณีของสัญญาทางปกครอง ด้วยสภาพที่ระบบกฎหมายไทยนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการแสดงเจตนาในระบบกฎหมายมหาชน[120] และการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองเอาไว้เป็นพิเศษ ดังนั้น การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองจึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ ทั้งในเรื่องรูปแบบการแสดงเจตนา ความสมบูรณ์ของเจตนา และการตีความการแสดงเจตนา[121] รวมถึงการเกิดขึ้นของสัญญา แต่มิใช่ทุกกรณีที่จะมีการปรับใช้หลักกฎหมาย

---

[119] ซึ่งอาจมีการเจรจาต่อรองกันไปด้วยขณะเข้าทำสัญญาโดยคู่สัญญาอาจทำความตกลงเบื้องต้นที่เรียกว่า “สัญญาเบื้องต้น” เพื่อมาทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดในอนาคต อย่างไรก็ตามในกรณีที่คู่กรณีกำหนดกันไว้ก่อนว่าสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ แม้จะมีคำเสนอสนองต้องตรงกันแล้วสัญญาก็จะเกิดขึ้นเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ ในระบบกฎหมายไทยยังปรากฏบทสันนิษฐานของการเกิดขึ้นของสัญญาในมาตรา 366 และ 367 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากมีกรณีสงสัยว่าคู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันในสาระสำคัญของสัญญาทุกข้อ ให้สันนิษฐานว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกัน

[120] อภิราชย์ ขันธ์เสน, “การนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับข้อพิพาททางปกครอง” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) ,น.179

[121] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 114/2551 วางหลักว่าการตีความการแสดงเจตนาในสัญญาทางปกครองนั้นต้องเพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นการนำ

Ref. code: 25595601032187GRS

เอกชนกับสัญญาทางปกครอง ทำให้มีปัญหาว่าหลักกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้มากน้อยเพียงใด อาจพิจารณาได้จากการวางหลักในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองไทยเป็นหลัก

4.2.1 เสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง

ระบบกฎหมายไทยนั้นจัดอยู่ในสกุลกฎหมายเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ ดังนั้นการพัฒนาเรื่องสัญญาจึงมีรากมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งมีฐานมาจาก *หลักอิสระในทางแพ่ง* หรือ *แดนอำนาจของเอกชน* (Private Autonomy) ที่บุคคลสามารถแสดงเจตจำนงได้อย่างเสรีโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ หลักอิสระทางแพ่งนี้เองที่เป็นฐานของหลัก “ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา” และ “เสรีภาพในการทำสัญญา” ดังนั้นบุคคลย่อมมีอิสระเต็มที่ในการตัดสินใจแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมและกำหนดเนื้อหาของสัญญา โดยกฎหมายจะควบคุมการแสดงเจตนาในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

ปัญหาที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกเมื่อเป็นกรณีสัญญาของฝ่ายปกครองก็คือ ในสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นจะมี “เสรีภาพในการทำสัญญา” ในความหมายเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือไม่

เนื่องจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อปฏิบัติภารกิจทางปกครองและเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจก่อตั้งสิทธิหน้าที่หรือทำนิติกรรมตามอำเภอใจโดยเสรีในความหมายเดียวกับหลักอิสระทางแพ่ง หากแต่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายอย่างเคร่งครัดเสมอ แม้จะมีกรณีที่เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจตัดสินใจในการทำสัญญา ฝ่ายปกครองก็จะต้องใช้ดุลยพินิจให้ชอบด้วยกฎหมาย เราจึงอาจกล่าวได้ว่า ฝ่ายปกครองนั้นไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายเดียวกับเอกชน ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่เลย หากแต่ฝ่ายปกครองยังมีดุลยพินิจที่กว้างขวางในการทำสัญญาและกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายและระเบียบซึ่งควบคุมการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งปัจจุบันมีบริบทของการแข่งขันทางการค้าที่ต้องเสรีเป็นธรรม มีความโปร่งใส และแสดงถึงประสิทธิภาพของการใช้งบประมาณแผ่นดินให้เกิดประโยชน์สูงสุดมากขึ้นเรื่อยๆ ทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการรับรองเป็นหัวใจหลักของการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

4.2.2. ข้อจำกัดเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา

รัฐจำเป็นที่จะต้องการควบคุมการทำสัญญาของฝ่ายปกครองให้มีความโปร่งใส เป็นธรรม และเกิดประสิทธิภาพสูงสุดคุ้มค่ากับทรัพยากรของรัฐที่เสียไป ดังนั้นในระบบกฎหมายไทยจึงมีการควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญานั้นด้วยกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งมีความเกี่ยวโยง

หลักการตีความการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ อ้างใน เพิ่งอ้าง น.183

Ref. code: 25595601032187GRS

กับกฎหมายหลายสาขา เช่น กฎหมายการคลัง[122] กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ[123] กฎหมายการเงินและเศรษฐกิจ[124] กฎหมายการลงทุนและองค์กรธุรกิจ[125] กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารบุคคลภาครัฐ[126] การออกแบบกฎระเบียบเหล่านี้จึงต้องอาศัยองค์ความรู้ที่มีลักษณะที่เป็นสหวิทยาการซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นพลวัตและความซับซ้อนของสัญญาของฝ่ายปกครองได้เป็นอย่างดี

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงกฎเกณฑ์ที่จำกัดดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองหลักสองชนิดในระบบกฎหมายไทย ได้แก่ (1) สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ และ (2) สัญญาสัมปทานซึ่งปัจจุบันอยู่ในความหมายของ “การร่วมทุน” ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ

4.2.1.1 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ

ในเบื้องต้นจะต้องเข้าใจก่อนว่าการที่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องผ่านกระบวนการทำสัญญาตามกฎหมายหรือระเบียบต่างๆไม่ได้มีผลเป็นการกำหนดว่าสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป ดังนั้นในระบบกฎหมายไทยสัญญาที่อยู่ภายใต้กฎหมายพัสดุจึงอาจเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนหรือเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้

---

[122] กล่าวคือส่วนราชการจะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ก็ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการงบประมาณ ซึ่งก็คือ การขออนุมติงบประมาณ การอนุมัติเงินประจำงวด หรือการขอกันงบประมาณข้ามปี

[123] เช่น การควบคุมรัฐวิสาหกิจและการกำกับควบคุมทางเศรษฐกิจต่างๆ แม้ว่ารัฐวิสาหกิจจะมิได้ใช้งบประมาณประจำปี แต่หากจะรัฐวิสาหกิจใช้เงินลงทุนทำสัญญาต่างๆ ก็ต้องผ่านการพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.) เพื่อให้ความเห็นชอบเสียก่อน นอกจากนั้นในการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจยังคงผูกติดอยู่กับระเบียบของฝ่ายปกครอง เช่น งบทำการของรัฐวิสาหกิจนั้นต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจนั้น ตามระเบียบว่าด้วยการลงทุนของรัฐวิสาหกิจที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบเสียก่อน อีกทั้งยังต้องปฏิบัติตามข้อบังคับและระเบียบปฏิบัติของกรมบัญชีกลางด้วย

[124] เช่นในกรณีของการทำสัญญากู้เงิน ทั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ต้องผ่านการพิจารณาของสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง และ คณะกรรมการนโยบายหนี้ของประเทศ (ตามระเบียบว่าด้วยการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ. 2528 ซึ่งกำหนดว่าภาครัฐรวมกันจะกู้เงินเกินกว่า 9% ของรายได้ที่เป็นเงินตราต่างประเทศอันเนื่องมาจากการขายสินค้าและบริการไม่ได้

[125] กรณีที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนร่วมลงทุนต้องทำตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ อาจมีการตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่ๆขึ้นมาร่วมกับเอกชน เช่น กิจการร่วมค้า (Joint venture) หรือ กิจการค้าร่วม (Consortium) หรือ บริษัทโฮลดิ้ง (Holding Company) เป็นต้น

[126] เช่นในกรณีของสัญญาจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ หรือการกำหนดความสัมพันธ์ของข้าราชการในรูปแบบของสัญญา และกรณีของสัญญารับทุนการศึกษาเพื่อกลับเข้ามารับราชการ

Ref. code: 25595601032187GRS

แต่เดิมก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุจะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบภายในที่เกี่ยวกับการจัดหาของหน่วยงานนั้นๆ ซึ่งมีสถานะเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นแนวกำหนดในการใช้ดุลยพินิจในการคัดเลือกคู่สัญญาและการกำหนดข้อสัญญารวมไปถึงการใช้สิทธิตามสัญญาในบางส่วน หลักเกณฑ์เหล่านี้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากภายหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(1) การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในการควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในฐานะกฎเกณฑ์กลาง ระเบียบดังกล่าวมีขอบเขตบังคับใช้กับ “ส่วนราชการ” ซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณ เงินกู้และเงินช่วยเหลือ[127] ซึ่ง “ส่วนราชการ” ตามระเบียบนี้นั้นหมายถึง กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ภูมิภาค หรือท้องถิ่นหรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจและส่วนท้องถิ่นซึ่งมีระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุของตน ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างละเอียดและได้กำหนดตัวอย่างสัญญาแนบท้ายระเบียบ เพื่อให้การทำสัญญาของส่วนราชการเป็นมาตรฐานเดียวกัน นอกจากนั้นยังกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองไว้อีกด้วย

การจัดหา (procurement) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สามารถทำได้ทั้งหมด 5 วิธี ได้แก่ การซื้อหรือการจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบคุมงาน การแลกเปลี่ยน และการเช่า โดยมีหลักว่าส่วนราชการจะต้องทำสัญญาจัดหาทุกชนิดดังกล่าวเป็นหนังสือ[128] เมื่อฝ่ายปกครองจัดทำรายงานขอจัดหารูปแบบต่างๆตามรายการที่กำหนดไว้ให้

---

[127] อย่างไรก็ตาม คณะรัฐมนตรีอาจสามารถผ่อนผันยกเว้นการกฎหมายพัสดุซึ่งเป็นกฎหมายภายในฝ่ายบริหารได้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง เช่น ในโครงการขยายโทรศัพท์ส่วนภูมิภาคของ ทศท (TOT) การเร่งการก่อสร้างศูนย์ประชุมแห่งชาติอุทยานเบญจสิริ การต่ออายุสัญญาเป็นพิเศษต่างจากระเบียบ การยกเว้นการริบหลักประกันซองในยุค IMF การใช้สูตรปรับราคาค่าK หรือการซื้อสิ่งของจากต่างประเทศบางโครงการ เป็นต้น อ้างใน จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ, (กรุงเทพ : วิญญูชน 2554) น. 36

[128] อย่างไรก็ตามการจัดหาที่มีมูลค่าต่ำกว่า 10,000 บาท ไม่ต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือก็ได้ (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 133 วรรคสอง)

Ref. code: 25595601032187GRS

หัวหน้าส่วนราชการให้ความเห็นชอบ[129] และเมื่อหัวหน้าส่วนราชการได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ขั้นตอนการทำสัญญาการพัสดุจึงเริ่มขึ้น โดยมีรายละเอียดโดยสังเขปดังนี้

(i) การซื้อหรือการจ้าง หมายถึง “การซื้อ” พัสดุ ซึ่งได้แก่ วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้าง ทุกชนิดทั้งที่มีการติดตั้ง ทดลอง และบริการที่เกี่ยวเนื่องอื่นๆ และ “การจ้าง” ซึ่งหมายความรวมถึง การจ้างทำของ[130] การรับขน การจ้างเหมาบริการ แต่ไม่รวมถึงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ การรับขนในการเดินทางไปราชการ การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ 6 วิธี[131] คือ (1) วิธีตกลงราคา[132] (2) วิธีการสอบราคา[133] (3) วิธีประกวดราคา[134]

---

[129] ข้อ27 และ 29 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ยกเว้นกรณีที่เป็นการซื้อหรือการจ้างโดยตกลงราคาในวงเงินไม่เกิน 10,000 บาท หรือการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีพิเศษกรณีเร่งด่วน

[130] ดังนั้นจึงมีข้อสังเกตว่าการจ้างก่อสร้างโยธาสาธารณะ ก็นับเป็นสัญญาจ้างทำของในความหมายนี้ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับการพัสดุด้วย โดยเฉพาะการจ้างแบบเหมารวม (Lump sum Turnkey) ที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ดำเนินการเป็นพิเศษ

[131] ทั้งนี้การจัดซื้อยาและเวชภัณฑ์เป็นไปตามหลักเกณฑ์พิเศษในข้อ 60-64 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

[132] ในกรณีที่มูลค่าของการซื้อหรือการจ้างไม่เกิน 100,000 บาท ตามข้อ 19 ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถติดต่อตกลงราคากับผู้ขายหรือผู้รับจ้างได้โดยตรงตามข้อ 39 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

[133] ในกรณีที่มูลค่าของการซื้อหรือการจ้างเกิน 100,000 บาทแต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท ตามข้อ 20 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งจะต้องมีการจัดทำเอกสารสอบราคาระบุรายละเอียดตามข้อ 40 และฝ่ายปกครองจะต้องส่งประกาศเผยแพร่การสอบราคาและเอกสารสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้นโดยตรงให้มากที่สุดเท่าที่ทำได้ และให้ปิดประกาศเผยแพร่การสอบราคาไว้ ณ ที่ทำการของส่วนราชการ ก่อนวันเปิดซองราคาไม่น้อยกว่า 10 วัน เพื่อให้เอกชนมายื่นซองสอบราคาต่อส่วนราชการโดยส่วนราชการจะส่งซองสอบราคาให้คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาต่อไป ซึ่งคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาจะทำการคัดเลือกผู้ชนะการสอบราคาที่ถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคาที่มีคุณสมบัติเป็นประโยชน์กับทางราชการและได้เสนอราคาต่ำสุด

[134] ในกรณีที่มูลค่าของการซื้อหรือการจ้างเกิน 2,000,000 บาทตามข้อ 21 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องมีการจัดทำเอกสารประกวดราคาตามข้อ 44 ซึ่งจะต้องเป็นไปตามตัวอย่างที่คณะกรรมการพัสดุกำหนดหรือผ่านการตรวจของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว และจะต้องปิดประกาศประกวดราคาโดยเปิดเผยและโฆษณาตามข้อ 45 ไม่น้อยกว่า 7 วันทำการ ฝ่ายปกครองจะให้หรือขายเอกสารประกวดราคาแก่เอกชนเป็นเวลาต่อเนื่องไม่น้อยกว่า 7 วันทำการ ซึ่งฝ่ายปกครองจะปิดการให้หรือการขายเอกสารประกวดราคาไม่น้อยกว่า 7 วัน ก่อนที่จะมีการรับซองประกวดราคาและหลักประกันซองของเอกชนโดย

Ref. code: 25595601032187GRS

(4) วิธีพิเศษ[135] (5) วิธีกรณีพิเศษ[136] และ (6) วิธีการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด

(2) การจ้างที่ปรึกษา ซึ่งหมายถึงการจ้างบริการจากที่ปรึกษา แต่ไม่รวมการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ ฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ 2 วิธี ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุกำหนด ได้แก่ วิธีตกลง[137] และ วิธีคัดเลือก[138]

คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาจะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคาและอาจตัดผู้เข้าประกวดราคาออกจากกระบวนการได้ คณะกรรมการดังกล่าวจะพิจารณาคัดเลือกผู้เสนอราคาที่เสนอราคาต่ำสุดและเสนอสิ่งของหรืองานจ้างที่มีประโยชน์ต่อทางราชการให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา

[135] การซื้อหรือการจ้างราคาเกิน 100,000 บาท โดยเฉพาะกรณีตามข้อ 23 (1)-(8) และข้อ 24 (1)-(6) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งกล่าวโดยสรุปคือ กรณีที่เป็นการซื้อจากการขายทอดตลาดโดยส่วนราชการ การซื้อในกรณีเร่งด่วน การซื้อในราชการลับ การซื้อตามความต้องการที่เพิ่มขึ้นในสถานการณ์จำเป็นเร่งด่วน การซื้อโดยตรงจากต่างประเทศ การซื้อพัสดุที่มีข้อจำกัดทางเทคนิคทำให้ต้องระบุลักษณะเฉพาะ การซื้อที่ดินและสิ่งก่อสร้างเฉพาะแห่ง การซื้อที่ดำเนินการด้วยวิธีอื่นแล้วจะไม่ได้ผลดี การจ้างผู้ที่มีฝีมือเฉพาะ การจ้างซ่อมพัสดุที่ต้องตรวจสำรวจเพื่อให้ทราบความเสียหายก่อนจึงจะประเมินค่าซ่อมได้ การจ้างที่ต้องทำโดยเร่งด่วน การจ้างที่เป็นการลับ การจ้างเพิ่มในสถานการณ์จำเป็นเร่งด่วน และการจ้างที่ทำโดยวิธีอื่นจะไม่ได้ผลดี ซึ่งจะต้องทำตามกระบวนการตามข้อ 57 กล่าวคือต้องมีการตั้งคณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษขึ้นมาเพื่อ เจรจาตกลงราคาโดยตรงหรือสืบราคาแล้วแต่กรณี

[136] ตามข้อ 26 ซึ่งเป็นการซื้อและการจ้างจากส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจ ทำนองเดียวกับ in-house contract ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถสั่งซื้อสั่งจ้างได้จากผู้ขายหรือผู้รับจ้างได้โดยตรงตามข้อ 59

[137] วิธีจ้างที่ปรึกษาโดยการตกลง คือ การจ้างที่ปรึกษาที่ผู้ว่าจ้างตกลงจ้างรายใดรายหนึ่งซึ่งเคยทราบหรือเคยเห็นความสามารถและผลงานแล้ว และเป็นผู้ให้บริการที่เชื่อถือได้ ซึ่งฝ่ายปกครองจะเลือกใช้วิธีได้ต่อเมื่อ ค่างานจ้างไม่เกิน 100,000 บาท หรือการจ้างเพื่อทำงานต่อเนื่องจากงานที่ได้ทำอยู่แล้ว หรือเป็นการจ้างที่ผู้เชี่ยวชาญมีจำนวนจำกัดในการจ้างที่ค่างานจ้างไม่เกิน 2,000,000 บาท หรือจ้างส่วนราชการด้วยกันเอง รัฐวิสาหกิจ หรือส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีให้ดำเนินการจ้างโดยตรง หรือเป็นการจ้างโดยอาศัยเหตุเร่งด่วน ซึ่งจะต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการพัสดุ ซึ่งในการตกลงนั้นจะต้องผ่านการพิจารณาในเรื่องข้อเสนอด้านเทคนิค อัตราค่าจ้าง รายละเอียดของสัญญา ของคณะกรรมการดำเนินการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีการตกลงเสียก่อน

[138] วิธีจ้างที่ปรึกษาโดยการคัดเลือก คือ การจ้างที่ปรึกษาโดยการคัดเลือกที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะทำงานให้เหลือน้อยราย (อย่างมากคือ 6 ราย) ซึ่งคัดเลือกจากรายชื่อของเอกชนโดยคณะกรรมการดำเนินการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีคัดเลือกในทำนองเดียวกับการ short-listing

Ref. code: 25595601032187GRS

(3) การจ้างออกแบบและควบคุมงาน ซึ่งก็คือ การจ้างบริการจากนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่ประกอบธุรกิจบริการด้านงานออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างด้วยเงินงบประมาณ โดยฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ทั้งหมด 4 วิธี ได้แก่ วิธีตกลง[139] วิธีคัดเลือก[140] วิธีคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด[141] และวิธีพิเศษ ซึ่งได้แก่การเลือกจ้าง[142]กับการว่าจ้างโดยการประกวดแบบ[143]

ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป และเชิญชวนที่ปรึกษาที่ได้รับ “การคัดเลือกให้เหลือน้อยราย” นั้นยื่นข้อเสนอเข้ารับงานนั้นๆ ด้วยการออกหนังสือเชิญชวนตามข้อ 87 เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะเลือกข้อเสนอที่ดีที่สุด โดยคณะกรรมการดำเนินการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีคัดเลือก จะทำหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาและพิจารณาข้อเสนอด้านเทคนิคของที่ปรึกษาทุกรายและจัดลำดับ และเข้าเจรจาราคาให้ได้ราคาที่เหมาะสมกับที่ปรึกษาที่มีข้อเสนอด้านเทคนิคที่ดีที่สุด และพิจารณาเงื่อนไขต่างๆในสัญญาและทำความเห็นให้หัวหน้าส่วนราชการเข้าทำสัญญาต่อไป

[139] วิธีจ้างออกแบบและควบคุมงานโดยการตกลง คือ การจ้างที่ผู้ว่าจ้างตกลงจ้างผู้ให้บริการรายใดรายหนึ่ง ซึ่งเคยทราบหรือเคยเห็นความสามารถแล้ว และเป็นผู้ให้บริการที่มีหลักฐานดีตามที่คณะกรรมการดำเนินการจ้างโดยวิธีการตกลงกำหนด ซึ่งฝ่ายปกครองจะเลือกใช้วิธีได้ต่อเมื่อการก่อสร้างมีวงเงินงบประมาณตามโครงการไม่เกิน 2,000,000 บาท

[140] การจ้างออกแบบและควบคุมงานโดยวิธีการคัดเลือก คือ การจ้างออกแบบและควบคุมงานโดยผู้ว่าจ้างจะประกาศเชิญชวนการว่าจ้าง และให้ผู้ประกอบการมายื่นซองเสนองานการจ้างต่อคณะกรรมการรับซองเสนองานการจ้าง เพื่อส่งต่อให้คณะกรรมการดำเนินการจ้างโดยวิธีการคัดเลือกพิจารณาคัดเลือกผู้ให้บริการที่มีข้อกำหนดเหมาะสมที่สุด เพื่อดำเนินการว่าจ้างต่อไปซึ่งฝ่ายปกครองจะเลือกใช้วิธีได้ต่อเมื่อการก่อสร้างมีวงเงินงบประมาณตามโครงการเกิน 2,000,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000,000 บาท

[141] การจ้างออกแบบและควบคุมงานโดยวิธีการคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด คือ การจ้างออกแบบและควบคุมงานโดยผู้ว่าจ้างจะประกาศเชิญชวนการว่าจ้าง และให้ผู้ประกอบการมายื่นซองเสนองานการจ้างต่อคณะกรรมการรับซอง โดยที่คณะกรรมการดำเนินการจ้างโดยวิธีการคัดเลือกพิจารณาคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนดจะคัดเลือกเฉพาะผู้ประกอบการที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น โดยจะคำนึงถึงฐานะทางนิติบุคคล คุณวุฒิ ประวัติการทำงาน จำนวนสถาปนิกหรือวิศวกร หลักฐานแสดงผลงานในอดีต แนวความคิดในการออกแบบ ซึ่งฝ่ายปกครองใช้วิธีได้ต่อเมื่อการก่อสร้างมีวงเงินงบประมาณตามโครงการเกิน 5,000,000 บาท

[142] วิธีการเลือกจ้าง คือการจ้างออกแบบและควบคุมงานที่ปลัดกระทรวงมีอำนาจตกลงจ้างผู้ให้บริการรายหนึ่งรายใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่การจ้างออกแบบและควบคุมงานในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ ในกรณีที่การจ้างตามวิธีอื่นจะทำให้เกิดการล่าช้าและความเสียหายแก่ราชการและความมั่นคงของชาติ

[143] การจ้างโดยการประกวดแบบ คือ การจ้างออกออกแบบอาคารที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นที่เชิดชูคุณค่าทางด้านศิลปกรรมหรือสถาปัตยกรรมของชาติ หรืออาคารที่มีโครงสร้างขนาดใหญ่

Ref. code: 25595601032187GRS

(4) การแลกเปลี่ยนพัสดุ โดยหลักแล้วจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการแลกเปลี่ยนครุภัณฑ์กับครุภัณฑ์ และการแลกเปลี่ยนวัสดุกับวัสดุ ซึ่งฝ่ายปกครองอาจจะต้องทำความตกลงกับสำนักงบประมาณหรือกระทรวงการคลังก่อน ซึ่งให้ใช้วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาใน “การซื้อ” มาใช้กับการแลกเปลี่ยนโดยอนุโลม ภายใต้การตรวจสอบและการประเมินราคาพัสดุโดยคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นเป็นพิเศษตามข้อ 125

(5) การเช่า แบ่งออกเป็น การเช่าสังหาริมทรัพย์ ตามความเหมาะสมและจำเป็นซึ่งนำข้อกำหนดเกี่ยวกับการซื้อมาบังคับใช้โดยอนุโลม และการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะกระทำได้เฉพาะตามที่กำหนดในข้อ 129 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งได้แก่การเช่าที่ดินเพื่อใช้ในประโยชน์ของทางราชการ การเช่าสถานที่เพื่อใช้เป็นที่ทำการของทางราชการ การเช่าสถานที่เพื่อใช้เป็นที่พักของผู้มีสิทธิเบิกค่าเช่าที่พักของทางราชการ และการเช่าสถานที่เพื่อใช้เป็นที่เก็บพัสดุของทางราชการ ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการโดยการตกลงราคาโดยตรงกับเอกชนได้ ซึ่งหากค่าเช่าเกินเดือนละ 20,000 บาท ส่วนราชการจะต้องทำความตกลงกับกระทรวงการคลังก่อน

ในขั้นตอนต่างๆของการทำสัญญาจะส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป ดังนี้

ในขั้นตอนที่หนึ่ง เป็นขั้นตอนที่ส่วนราชการประกาศเชิญชวน ประกาศการสอบราคา ประกาศประกวดราคา หรือ ประกาศขายเอกสารประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง แล้วแต่ตามลักษณะกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ตนได้เลือกใช้ ซึ่งจะมีผลในทางกฎหมายคือ ถือได้ว่าส่วนราชการออกเอกสารได้ชักชวนให้ภาคเอกชนทำคำเสนอโดยการยื่นข้อเสนอเข้ามา และยังไม่เกิดผลผูกพันทางกฎหมายในทางสัญญาใดๆ ในกรณีของการประกวดราคาเมื่อภาคเอกชนซื้อเอกสารประกวดราคา จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นคือเกิด “สัญญาซื้อขายเอกสารประกวดราคา” ซึ่งจะก่อให้เกิดข้อผูกพันบางประการ เช่น ข้อผูกพันที่ว่าฝ่ายปกครองจะไม่คืนเงินที่ได้รับจากการขายเอกสารประกวดราคาทุกกรณี เว้นแต่ส่วนราชการนั้นเองจะยกเลิกการประกวดราคา ในขั้นตอนนี้หากมีกรณีที่ฝ่ายปกครองออกเอกสารประกวดราคาใดๆเพิ่มเติม (Addendum) ผู้ซื้อเอกสารประกวดทุกรายจะต้องได้รับเอกสารดังกล่าวก่อนวันประกวดราคาเช่นกัน ไม่เช่นนั้นถือว่ากระบวนการประกวดราคานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น

ส่วนในขั้นตอนที่สอง เอกชนจะมายื่นซองเสนอราคาหรือประกวดราคากับฝ่ายปกครอง พร้อมวางหนังสือค้ำประกันซอง (Bid Bond) ซึ่งโดยหลักจะมีกำหนด “การยืนราคา” ซึ่งจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหลายประการ กล่าวคือ (1) คำเสนอของเอกชนนั้นได้กลายเป็นคำเสนอที่มีข้อผูกพัน และเกิดเป็น “สัญญาหลักประกันซอง” โดยผู้เสนอราคา (Bidders) จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการสอบราคาหรือประกวดราคา[144] และ (2) ส่วนราชการอาจดำเนินการตัดสิทธิผู้เข้าร่วม

---

[144] เช่น ผู้เสนอราคาทุกรายต้องยืนราคาเป็นเวลา 180 วัน และมีหน้าที่จะต้องชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเมื่อส่วนราชการสอบถาม กำหนดห้ามเอกชนถอนข้อเสนอเมื่อยื่นราคาแล้ว หรือต้องยอมรับเงื่อนไขที่ว่าส่วนราชการอาจยกเลิกการประกวดราคาหรือไม่เลือกผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก เป็นต้น

Ref. code: 25595601032187GRS

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ขาดคุณสมบัติได้ โดยคำสั่งที่ตัดสิทธิผู้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถแยกออกได้จากสัญญา ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้ และถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องเปิดช่องให้คู่กรณีชี้แจง เช่น ยกข้อต่อสู้ว่าการที่ตนเสนอราคาต่างกับเอกสารประกวดราคาในเรื่องที่ไม่ใช่สาระสำคัญและไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในการประกวดราคา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.355/2553) เช่น การใช้สำเนาเอกสารยื่นต่อฝ่ายปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.358/2553) การเสนอราคาไม่ตรงกับเอกสารเนื่องจากผู้เสนอราคาลืมคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.550/2554) ถือเป็นเรื่องผิดระเบียบเล็กน้อย ไม่ควรตัดชื่อออกจากการประกวดราคา

ในขั้นตอนที่สาม ฝ่ายปกครองจะพิจารณาการทำคำสนองรับราคาของผู้เสนอรายใดรายหนึ่ง ตามเงื่อนไขของการสอบราคา ประกวดราคาและกฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองตัดสินใจจากความเห็นของคณะกรรมการต่างๆที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดไว้ ในการเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุด โดยจะพิจารณาข้อเสนอของเอกชนตามขั้นตอนที่ระบุในเอกสารสอบราคาหรือประกวดราคา เช่น ในกรณีของการประกวดราคาอาจมีการแบ่งเป็นข้อเสนอทางเทคนิค (ซองเทคนิค) และข้อเสนอด้านราคา (ซองราคา) และ ข้อเสนอทางการเงิน (ซองสถานะการเงิน) ซึ่งถ้าซองเทคนิคไม่ผ่านเกณฑ์ก็จะไม่พิจารณาเกณฑ์ด้านราคาต่อ โดยการคัดเลือกผู้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง จะใช้เกณฑ์เรื่องประโยชน์สูงสุด แม้จะมีผู้อื่นเสนอราคาต่ำกว่าก็ตาม[145] และ หากมีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียว ซึ่งไม่มีคุณสมบัติตามที่ฝ่ายปกครองต้องการ ฝ่ายปกครองก็ต้องยกเลิกกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง[146] ซึ่งการยกเลิกกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาสามารถกระทำได้หากปรากฏเหตุผลที่เหมาะสมเช่นเพื่อประโยชน์ของราชการ[147]

ในขั้นตอนที่สี่ หลังจากที่ฝ่ายปกครองจะคัดเลือกให้ผู้เสนอราคารายหนึ่งให้เป็นผู้ชนะ ภายใต้ความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการคัดเลือก ซึ่งผู้ชนะ (Successful Bidders) จะได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องตัดสินใจภายในกำหนดยืนราคาของเอกชน ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือเป็นการถือว่าฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาทำคำสนองรับคำเสนอผู้เสนอราคาที่ชนะการประกวดเกิดขึ้น เมื่อคำเสนอสนองต้องตรงกันจึงเกิดเป็น “สัญญาก่อนสัญญา” หรือ “ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา” ซึ่งผูกพันให้ทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องไปลงนามในสัญญาซึ่งเป็นสัญญาหลักคือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุกันต่อไปภายใต้เงื่อนไขที่ระบุไว้ในเอกสารประกวดราคาที่มีอยู่เดิม ส่วนหลักประกันซองของผู้ชนะการประกวดราคาส่วนราชการจะยังเก็บไว้ เพื่อเป็นหลักประกันต่อว่าจะมีการลงนามในสัญญาและวางหลักประกันสัญญาต่อไป ในขั้นนี้

---

[145] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.93/2554

[146] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.348/2554

[147] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.201/2553 และ อ.368/2554

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุจึงยังไม่เกิดขึ้น นอกจากนั้นในทางปฏิบัติ คำเสนอราคาของผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดอีกสองรายยังคงมีผล โดยส่วนราชการจะยังเก็บหลักประกันซองบุคคลทั้งสองรายไว้จนกว่าจะมีการลงนามในสัญญากับผู้ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา ถ้าผู้ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาไม่ยอมลงนามในสัญญา ส่วนราชการมีสิทธิสนองรับราคากับผู้เสนอราคาที่ต่ำสุดที่เผื่อไว้ในลำดับถัดไปอีกสองรายได้ ส่วนคำเสนอราคาของผู้เสนอราคารายอื่นก็ถือเป็นอันสิ้นผลไป ส่งผลให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการคืนหลักประกันซองให้แก่ผู้เสนอราคา หากหน่วยราชการพิจารณาซองราคาไม่เสร็จและมิได้สนองรับราคาภายในกำหนดการยืนราคา 180 วัน ย่อมทำให้คำเสนอของเอกชนเป็นอันสิ้นผลไป เว้นแต่เอกชนผู้เสนอราคาตกลงขยายเวลายืนราคาและขยายเวลาของหลักประกันซองออกไป ซึ่งมีผลให้คำเสนอมีผลต่อไปเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น

ในขั้นตอนที่ห้า ฝ่ายปกครองจะลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามสัญญาแบบที่กำหนดท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กับผู้ชนะการประกวดราคา ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายคือ สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุนั้นๆเกิดขึ้นแล้ว โดยคู่สัญญาต้องวางหลักประกันสัญญา (Performance Bond) ในวันที่ทำสัญญาเท่านั้น และทำให้คำเสนอของผู้เสนอราคาต่ำสุดสองรายที่เผื่อไว้ สิ้นผลลงทำให้ส่วนราชการมีหน้าที่จะต้องคืนหลักประกันซองให้แก่ผู้เสนอราคาทั้งสองราย หลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะจ่ายเงินล่วงหน้า (Advance Payment) เป็นจำนวนไม่เกินร้อยละ 15 ของราคาซื้อหรือราคาจ้าง โดยคู่สัญญาต้องวางหลักประกันเงินล่วงหน้าในวงเงินเท่ากับเงินล่วงหน้าที่ได้รับ และเกิดข้อตกลงเพิ่มเติมว่า ทั้งฝ่ายปกครองและเอกชนคู่สัญญาจะเอาเงินประกันล่วงหน้าไปใช้ในทางอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไม่ได้[148]

การทำสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ นั้นจะมีรูปแบบตายตัวตามตัวอย่างที่คณะกรรมการพัสดุกำหนด เป็น “สัญญาแบบ” ที่ได้แนบท้ายในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ สัญญาเช่าคอมพิวเตอร์ สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญ

---

[148] เมื่อคู่สัญญาได้ปฏิบัติการตามสัญญาแล้ว กล่าวคือเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ส่งมอบสิ่งของหรือปฏิบัติการชำระหนี้ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญา ฝ่ายปกครองจะจ่ายเงินที่เหลืออีก 85% หลังจากที่มีการตรวจรับของเรียบร้อยแล้ว หรือหลังจากเกิดผลงานตามสัญญาจ้างตามที่วิธีการจ่ายเงินระบุไว้ในสัญญา และฝ่ายปกครองจะคืนหลักประกันเงินล่วงหน้า (เท่ากับจำนวนไม่เกิน 15% ของราคาซื้อหรือราคาจ้าง ซึ่งก็คือเงินล่วงหน้าที่ให้ไปตอนแรก) ให้แก่คู่สัญญา และเมื่อครบกำหนดเวลาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องครบหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับมอบ ส่วนราชการจะต้องคืนหลักประกันสัญญาให้แก่คู่สัญญา ตาม ข้อ 144 (2) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ หลังจากคืนหลักประกัน ถือว่ากระบวนการตามสัญญาเกี่ยวกับพัสดุเป็นอันเสร็จสิ้น ทั้งสองฝ่ายเป็นอันพ้นจากความผูกพันตามสัญญา

Ref. code: 25595601032187GRS

รายบุคคลหรือสัญญาจ้างบริษัทที่ปรึกษา สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบควบคุมงาน สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาซื้อขายภาษาอังกฤษ (Contract for Procurement for Goods) สัญญาก่อสร้างภาษาอังกฤษ (Contract for Works) และ สัญญาจ้างที่ปรึกษาฉบับภาษาอังกฤษ (Agreement for Engagement of Consultant) ซึ่งถ้าหากมีกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้สัญญาตามแบบได้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับการพัสดุได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถร่างสัญญาขึ้นใหม่ แต่จะต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน ซึ่งสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้ราชการเสียเปรียบ[149]

การฝ่าฝืนระเบียบภายในฝ่ายปกครองเกี่ยวกับพัสดุ นอกจากจะนำมาซึ่งความผิดทางวินัยและความผิดเกี่ยวกับวินัยการคลังกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาแล้ว ยังอาจมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาของฝ่ายปกครองได้ แม้แนวคำพิพากษาของศาลไทยยังไม่เป็นเอกภาพนักขึ้นอยู่กับว่า ศาลจะตีความว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่ มีแนวคำพิพากษาที่ตีความให้ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุ มีสถานะเป็นเพียงแต่ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น สัญญาที่ทำด้วยวาจาและไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ก็ย่อมเกิดเป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญาแล้ว เช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549[150] และ อ. 55/2550 ฝ่ายปกครองจะยกเป็นเหตุเลิกสัญญาไม่ได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 88/2550) ในขณะที่การทำสัญญาที่ขัดระเบียบข้าราชการพลเรือนนั้น ศาลตีความว่าข้อสัญญาที่ขัดกับระเบียบ กพ.ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือนโดยการให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในต่างประเทศ พ.ศ.2540 (ซึ่งออกโดยอาศัยของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎ นั้นไม่อาจบังคับใช้ได้ ซึ่งตีความได้ในทำนองเดียวกับตกเป็นโมฆะนั่นเอง เช่น ในกรณีที่สัญญาใช้ทุนกำหนดให้ชดใช้เงินเป็นจำนวนสองเท่าของเงินทุนที่ได้รับ แต่ระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ชดใช้เท่าเดียว[151] ซึ่งน่าพิจารณาเปรียบเทียบว่า สถานะของระเบียบกพ.ดังกล่าวนั้น แตกต่างกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุอย่างไร ถึงทำให้ผลของการฝ่าฝืนระเบียบนั้นต่อความสมบูรณ์ของสัญญา แตกต่างกันได้อย่างมีสาระสำคัญ

นอกจากนั้นยังมีแนวที่ศาลปกครองวางว่า ข้อตกลงที่ขัดต่อระเบียบพัสดุ ในเรื่องอัตราค่าปรับในสัญญา เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (คำพิพากษาศาลปกครอง

---

[149] ข้อ 132 วรรคสองและสาม ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ

[150] นายกเทศมนตรีทำสัญญาด้วยวาจาให้เอกชนพัฒนาตลาดสดแทนเทศบาล การที่ฝ่ายปกครองยกเรื่องการไม่ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ในทรัพย์สินของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2531 มาเลิกสัญญา ถือเป็นการเลิกสัญญาที่ไม่ชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 386

[151] โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 161/2550 อ.233/2550 อ.291/2550 และ อ.281/2550

Ref. code: 25595601032187GRS

สูงสุดที่ อ.355/2550) หรือแม้กระทั่งเคยมีกรณีที่ ศาลเคย “แทนที่” ข้อสัญญาเกี่ยวกับเบี้ยปรับซึ่งขัดกับกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ด้วยการไม่บังคับใช้เบี้ยปรับตามที่กำหนดในสัญญา แต่ใช้เบี้ยปรับตามข้อ 134 ของระเบียบดังกล่าวแทน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.144/2553) ซึ่งใกล้เคียงกับเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญามาก ในขณะที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.77/2555 ตัดสินกลับไปในแนวที่ว่า ข้อ 134 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุเป็นเพียงระเบียบภายในของฝ่ายปกครองไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงสามารถตกลงแตกต่างจากระเบียบดังกล่าวได้และใช้บังคับกับคู่สัญญาได้ และไม่ทำให้ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ

และยังมีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับสัญญารับทุนตัดสินว่าในกรณีที่สัญญาขัดกับระเบียบภายในของฝ่ายปกครองให้ยึดตามสัญญา แต่หากในข้อสัญญานั้นเป็นการเอาเปรียบเอกชนก็สมควรบังคับใช้กฎเกณฑ์ในระเบียบนั้นกับสัญญา[152] จากแนวคำพิพากษาที่ต่างกันนี้แสดงถึงความไม่เป็นเอกภาพในการให้เหตุผลที่เกี่ยวกับสถานะของระเบียบ และเรื่องการใช้ดุลยพินิจของศาล

ศาลปกครองไทยยังวางหลักว่าการฝ่าฝืนระเบียบพัสดุนั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อสถานะของสัญญาในทุกกรณี เช่น การกำหนดคุณสมบัติคู่สัญญาเพิ่มในเอกสารจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมที่ไม่ชอบด้วยระเบียบพัสดุ แต่ศาลไม่เพิกถอนสัญญา แต่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แทน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.98/2554)

(2) การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ด้วยสภาพที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้นมีสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ จึงเกิดแนวคิดที่จะยกระดับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ในฐานะกฎเกณฑ์มาตรฐานกลาง จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองหลายอย่างจนถึงระดับมูลฐาน ซึ่งมีการนำหลักการที่ใช้ในสหภาพยุโรปและฝรั่งเศสบางส่วน มาเป็นส่วนหนึ่งในเนื้อหาของพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 และจะมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วันจากวันดังกล่าว มีสาระสำคัญเป็นการยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับพัสดุ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ ข้อบัญญัติ หรือข้อกำหนดใดๆ ของหน่วยงานของรัฐซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้พระราชบัญญัตินี้มีสถานะเป็นกฎหมายกลาง ที่มุ่งสร้างความคุ้มค่า โปร่งใส ความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถตรวจสอบได้

---

[152] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 353/2551 ระเบียบให้คิดค่าปรับแค่หนึ่งเท่าของเงินทุน แต่สัญญากลับให้คิดค่าปรับถึงสองเท่า ข้อสัญญาดังกล่าวขัดข้อ 10 วรรคสองของระเบียบข้าราชการพลเรือนว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือนโดยการไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. 2540 จะต้องบังคับค่าปรับตามระเบียบข้าราชการพลเรือนแทน

Ref. code: 25595601032187GRS

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้าง[153]และการบริหารพัสดุ[154]ของ “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งได้แก่ ราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์กรอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งถือเป็นนิยามที่กว้างกว่า “ส่วนราชการ” ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุเป็นอย่างยิ่ง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้ให้นิยามของ “การจัดซื้อจัดจ้าง” “พัสดุ” “สินค้า” “งานบริการ” “งานก่อสร้าง” “อาคาร” “สาธารณูปโภค” “งานจ้างที่ปรึกษา” “งานจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง” ที่ชัดเจนมากขึ้นและมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการนิยามในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปและระบบกฎหมายฝรั่งเศส (มาตรา 4) และมีการยังมีการปรับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ (มาตรา 9) การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง (มาตรา 11) การห้ามมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา (มาตรา 13) เป็นครั้งแรก พระราชบัญญัตินี้ยังเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดซื้อจัดจ้างให้ซับซ้อนน้อยลง เหลือเพียงวิธีการประกาศเชิญชวนทั่วไป[155] วิธีคัดเลือก[156] และวิธีเฉพาะเจาะจง[157] และวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีความหมายตรงกับวิธีการจัดหาแบบ Open Restricted และ Negotiated Procedure ของกฎหมายสหภาพยุโรปตามลำดับ โดยแบ่งการจัดหาออกเป็นสามหมวดหลักคือ (1)

---

[153] “การจัดซื้อจัดจ้าง” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่ง “พัสดุ” (ซึ่งได้แก่ สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษาและงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง รวมทั้งการดำเนินการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง) โดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

[154] “การบริหารพัสดุ” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หมายความว่า การเก็บ การบันทึก การเบิกจ่าย การยืม การตรวจสอบ การบำรุงรักษา และการจำหน่ายพัสดุ

[155] วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ตามมาตรา 55 (1) คือการที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสน

[156] วิธีคัดเลือก ตามมาตรา 55 (2) คือการที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนเฉพาะผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามรายให้เข้ายื่นข้อเสนอ เว้นแต่ในงานนั้นมีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดน้อยกว่าสามราย

[157] วิธีเฉพาะเจาะจง ตามมาตรา 55 (2) คือ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอ หรือให้เข้ามาเจรจาต่อรองราคา รวมทั้งการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับผู้ประกอบการโดยตรงในวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๙๖ วรรคสอง

Ref. code: 25595601032187GRS

การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (ได้แก่สินค้า บริการ ไม่ว่าจะด้วยการ ซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือ นิติกรรมอื่น) (2) การจ้างที่ปรึกษา และ (3) การจ้างออกแบบหรือควบคุมการก่อสร้าง

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดหน้าที่ในการโฆษณาประกาศเชิญชวนการของหน่วยงานรัฐ (มาตรา 62) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ยื่นข้อเสนอ (มาตรา 64) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อเสนอ การจำกัดและจัดลำดับบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอตามลำดับคะแนน (มาตรา 65) ระยะเวลายืนที่ห้ามฝ่ายปกครองลงนามในสัญญา (ตามมาตรา 66 วรรคสอง) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง (มาตรา 67) ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ จะมีผลตามมาตรา 104[158] กล่าวคือหากเป็นการไม่ปฏิบัติตามในส่วนที่ไม่ใช่ “สาระสำคัญ” หรือ “ผิดพลาดไม่ร้ายแรง” ก็จะ**ไม่**ทำให้สัญญาหรือข้อตกลงที่เกิดจากการจัดซื้อจัดจ้างตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ ทำให้ตีความในแนวกลับได้ว่า หากมีการฝ่าฝืนในส่วนที่เป็น“สาระสำคัญ” หรือ “ผิดพลาดร้ายแรง”ย่อมอาจทำให้สัญญาเป็นโมฆะได้ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้เปิดช่องให้หน้าที่ในการวินิจฉัยดังกล่าวตกเป็นของคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ[159]

---

[158] มาตรา 104 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเกิดจากกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดไม่ร้ายแรง หาทำให้สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นโมฆะไม่

ให้คณะกรรมการนโยบายมีอำนาจประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางกำหนดกรณีตัวอย่างที่ถือว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง หรือที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดไม่ร้ายแรงตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการนโยบายเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด”

[159] คณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้มีทั้งหมด 5 ชุด ประกอบด้วย

(1) คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่สำคัญ ในการชี้ขาดความเป็นโมฆะของสัญญากรณีตามมาตรา104

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ทำหน้าที่ตีความวินิจฉัย “ข้อหารือ” เกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายนี้ หรือกฎกระทรวง ระเบียบ (มาตรา 29 (3)) และมีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อน ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาเท่านั้น

(3) คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ

(4) คณะกรรมการร่วมมือป้องกันการทุจริต (ค.ป.ท.) ซึ่งวินิจฉัยปัญหา เรื่องการป้องกันการทุจริตโดยเฉพาะ ในหมวดสอง มาตรา 16-19 โดยเฉพาะในเรื่อง “ข้อตกลงคุณธรรม” ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอ ตกลงกันว่าจะไม่ทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง”

Ref. code: 25595601032187GRS

มาตรา 93 วรรค 1 ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดบังคับให้หน่วยงานของรัฐ (เว้นแต่เข้ากรณียกเว้นตามมาตรา 96) จะต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด

ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องทำสัญญาซึ่งมีข้อความแตกต่างไปจากสัญญาแบบ ก็กระทำได้ หากแต่ต้องมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและจะต้องไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน ตามมาตรา 93 วรรคสองของพระราชบัญญัติดังกล่าว กรณีนี้จึงเป็นการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดที่หน่วยงานของรัฐมีดุลยพินิจที่จะส่งหรือไม่ก็ได้

แต่หากเป็นการทำสัญญาซึ่งแตกต่างจากสัญญาแบบจนถึงต้องร่างเป็นสัญญาใหม่ ตามมาตรา 93 วรรคสามของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่สัญญานั้นสำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบแล้ว

หากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบ หรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบภายหลังได้ ซึ่งหากสำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ หรือพิจารณาเห็นชอบให้แก้สัญญาและหน่วยงานของรัฐดำเนินการแก้สัญญาตามความเห็นนั้นแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ ตามมาตรา 93 วรรคห้าของพระราชบัญญัติดังกล่าว

---

(5) คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ทำหน้าที่พิจารณาข้อร้องเรียนกรณีหน่วยงานของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ และมีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาตามมาตรา 43

Ref. code: 25595601032187GRS

ในทางกลับกันพระราชบัญญัตินี้เพิ่มเติมสภาพบังคับตามมาตรามาตรา 93 วรรคหก ในกรณีที่ (1) หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง (2) หน่วยงานของรัฐ ไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือ (3) คู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ ดังแผนภาพดังต่อไปนี้

ภาพที่ 4.1 แสดงสภาพบังคับกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ทำตามสัญญาแบบ

ฝ่ายปกครองยังถูกบังคับไม่ให้ลงนามในสัญญาด้วยผลของมาตรา 66 วรรคสอง จนกว่าระยะเวลาอุทธรณ์จะผ่านพ้นไป (7วันนับตั้งแต่การประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง) หรือจนกว่าจะได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ เว้นแต่จะเป็นกรณีเร่งด่วนหรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยเฉพาะเจาะจง หรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินน้อย ซึ่งใกล้เคียงกับเรื่อง Standstill Period ของระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั่นเอง

Ref. code: 25595601032187GRS

4.2.2.2 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาสัมปทานและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

โดยหลักแล้วการคัดเลือกคู่สัญญาและการกำหนดข้อสัญญาในสัญญาสัมปทานที่เกี่ยวข้องกับกิจการพิเศษ เช่น สัมปทานสำรวจแร่หรือทำเหมืองแร่ สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม ซึ่งสัญญาจะต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง นอกจากนั้นในปัจจุบันที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ ทำให้การทำสัญญาสัมปทาน ไปรวมอยู่ในความหมายของการให้เอกชน “ร่วมลงทุน”ทำให้ดุลยพินิจการทำสัญญาสัมปทานโดยฝ่ายปกครองนั้นถูกจำกัดลงด้วยพระราชบัญญัติดังกล่าวเช่นกัน

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้นได้รับการยกระดับจากระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเดิมซึ่งก็คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2534 จนกลายมาเป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการให้สัมปทานและการร่วมลงทุน ในสมัยรัฐบาลอานันท์ ปันยารชุน อย่างไรก็ตามด้วยสภาพหลักเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนหลายประการ ทำให้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฉบับใหม่ในปี 2556

ในส่วนนี้จะกล่าวถึง ภาพรวมของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ว่าบังคับใช้กับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในขอบเขตใด และกำหนดขั้นตอนในการคัดเลือกคู่สัญญาอย่างไรบ้าง ดังนี้

สำหรับภาพรวมของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กฎหมายฉบับนี้มุ่งควบคุม “การร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ซึ่งเรียกว่า “โครงการ” และได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอนพิเศษสำหรับโครงการที่มีมูลค่า[160]มากกว่า 1,000 ล้านบาทขึ้นไป[161]

---

[160] ปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าโครงการนั้นเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามประกาศเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ซึ่งประกาศเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2558 ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการฯกำหนด ซึ่งจะต้องคำนวณเงินลงทุน ทรัพย์สินของภาครัฐและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ไม่มีรูปร่างตลอดอายุโครงการ ณ วันที่มีการคำนวณมูลค่าโครงการ และหากมีการแยกโครงการอกเป็นสัญญาหลายฉบับหรือแยกโครงการย่อย ให้คำนวณรวมมูลค่าทั้งหมด และในกรณีที่มีการร่วมลงทุนใหม่โดยคู่สัญญารายเดิมก็ต้องมีการคำนวณมูลค่ากันใหม่ด้วย อ้างใน จุลสิงห์ วสันตสิงห์ “การสร้างความชัดเจนแก่การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยการศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการ” ใน 72 ปีครูผู้อุทิศตนเพื่อวิชาชีพกฎหมาย ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล (2559) น.21, 24.

[161] มาตรา 23 แต่ถ้าหากโครงการใดมีมูลค่าต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท แต่เป็นโครงการที่มีความสำคัญสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ตามพระราชบัญญัตินี้ สำนักงานนโยบายรัฐวิสาหกิจอาจเสนอให้คณะกรรมการกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนั้นต้องทำตามขั้นตอนในพระราชบัญญัตินี้ก็ได้

Ref. code: 25595601032187GRS

นอกนั้นยังมีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมในการดำเนินโครงการและการกำกับดูแลซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา

"การร่วมลงทุน" นั้นก็มีความหมายกว้าง หมายความถึงการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด ทั้งยังรวมถึงการมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือการให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด[162] ส่วน"กิจการของรัฐ" นั้นหมายถึงกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ[163] หน่วยงานอื่นของรัฐ[164] หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือ กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับการให้สัมปทานตามกฎหมายเฉพาะได้แก่ กฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม กฎหมายว่าด้วยแร่ นอกจากนั้นรัฐบาลสามารถตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นไม่ให้นำกฎหมายนี้มาใช้บังคับกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นกรณีพิเศษอีกด้วย

แม้พระราชบัญญัตินี้จะมีหลักการทั่วไปที่รัฐจะต้องคำนึงถึง คือประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ การยึดถือวินัยการเงินคลัง ประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจจากการดำเนินโครงการ ความโปร่งใส การจัดสรรความเสี่ยงที่เหมาะสม สิทธิประโยชน์ของผู้รับบริการและผู้ให้บริการ และ การส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน ซึ่งเป็นการวางหลักทั่วไปไว้กว้างๆ แต่เมื่อพิจารณาถึงเนื้อในของบทบัญญัติแล้วกลับไม่มีบทบัญญัติใดที่ทำให้หลักการทั่วไปในบางข้อดังกล่าวเป็นจริง เช่น ไม่มีกระบวนการประกันการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุนในแง่ของการฟ้องคดีแต่อย่างใด ทั้งยังไม่มีมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการสาธารณะในลักษณะของการกำกับควบคุมกิจการ (regulate) นอกเหนือไปจากข้อสัญญา

สำหรับขั้นตอนในการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น มีขั้นตอนดังต่อไปนี้

---

[162] ผู้เขียนมีข้อสังเกตในแง่ของการใช้คำว่า คำว่า "การร่วมลงทุน" ตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้กลับรวมถึงกรณีที่เอกชนออกทุน (ซึ่งได้แก่ เงินและทรัพยากร) เพียงฝ่ายเดียวด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะใช้คำว่า "ความร่วมมือ" มากกว่า เนื่องจากการร่วมลงทุนมีความหมายแคบ และความร่วมมือนั้นก็ไม่ได้มีแค่การร่วมทุนเท่านั้น

[163] รัฐวิสาหกิจตามนิยามในกฎหมายนี้ หมายถึง (1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ และ (2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือหน่วยงานอื่นของรัฐมีทุนอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50 ซึ่งต่างกับนิยามในปี 2535 ซึ่งยึดตามพระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ 2502

[164] ตามกฎหมายนี้หมายถึง หน่วยงานในกำกับของรัฐ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือ หน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มิใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจซึ่งอยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร

Ref. code: 25595601032187GRS

ขั้นตอนที่หนึ่ง การเสนอโครงการ โดย “หน่วยงานเจ้าของโครงการ” ซึ่งจะต้องมีรายละเอียดโครงการตามประกาศของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ[165] และจะต้องว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาวิเคราะห์โครงการ อีกฉบับหนึ่งเป็นเอกเทศจากรายงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งต้องส่งรายงานให้กับรัฐมนตรีเจ้าสังกัดประกอบการเห็นชอบ

ขั้นตอนที่สอง จะเป็นการพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบโครงการ โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการจะเสนอเรื่องพร้อมผลศึกษาวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด และหลังจากผ่านการอนุมัติจากรัฐมนตรีแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะเสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ ซึ่งสำนักงานฯอาจขอให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแก้ไขรายละเอียดของโครงการหรือให้ส่งเอกสารเพิ่มเติมก็ได้ หากสำนักงานให้ความเห็นชอบโครงการ[166]ก็จะเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเห็นชอบต่อไป แต่หากสำนักงานฯไม่เห็นชอบ ก็จะแจ้งต่อรัฐมนตรีและหน่วยงานให้ทราบ ซึ่งหากรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับสำนักงานฯก็สามารถส่งเรื่องเสนอให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อชี้ขาดต่อไป ซึ่งไม่ว่ากรณีใดก็ตาม จะต้องมีการให้ความเห็นของคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติประกอบกับการพิจารณาด้วย และเมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอนุมัติโครงการ หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะสามารถดำเนินโครงการตามบัญญัตินี้ต่อไปได้ ซึ่งก็คือการเริ่มกระบวนการคัดเลือกเอกชนมาร่วมลงทุนนั่นเอง

แต่หากโครงการใดจะต้องใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน หรืองบประมาณของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือต้องมีการก่อหนี้โดยการกู้หรือค้ำประกันโดยกระทรวงการคลัง หลังจากที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอนุมัติโครงการแล้ว จะต้องมีการเสนอโครงการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้อนุมัติโครงการและอนุมัติงบประมาณหรือการก่อหนี้นั้น โดยให้ถือเป็นการอนุมัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือการบริหารหนี้สาธารณะ และเมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติโครงการ หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะสามารถดำเนินโครงการตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไปได้

ขั้นตอนที่สาม หลังจากที่ได้รับการอนุมัติโครงการ หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และ ร่างสัญญาร่วม

---

[165] ตามมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้แก่ เหตุผล ความจำเป็น ประโยชน์ของโครงการ ความสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ ต้นทุนดำเนินการ การแสดงงบประมาณแผ่นดินที่จำเป็นตลอดโครงการ การเปรียบเทียบต้นทุนระหว่างการใช้งบประมาณของรัฐทั้งหมดกับการให้เอกชนร่วมลงทุน ข้อมูลทางเลือกในการให้เอกชนลงทุนในรูปแบบต่างๆ ความสนใจและความพร้อมของเอกชน ผลกระทบของโครงการ ความเสี่ยงและการบริหารความเสี่ยง สถานะการเงินของหน่วยงาน และแหล่งที่มาของงบประมาณ)

[166] ซึ่งสำนักงานฯจะต้องพิจารณาให้เสร็จภายใน 60 วัน หากเกินกำหนดถือว่าสำนักงานเห็นด้วยกับโครงการ

Ref. code: 25595601032187GRS

ลงทุน[167] ซึ่งการประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา และรายละเอียดอื่นๆ เป็นไปตามที่สำนักงานนโยบายรัฐวิสาหกิจประกาศโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ซึ่ง มาตรา 32 ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้ใบประกาศเชิญชวนต้องประกอบด้วยค่าธรรมเนียมในการขายเอกสารประมูล ค่าธรรมเนียมการประเมินข้อเสนอการร่วมลงทุน ค่าธรรมเนียมการลงนามในสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งหากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนอาจทำให้ประกาศเชิญชวนไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

สำหรับรายละเอียดของตัวร่างสัญญา มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้อย่างน้อยจะต้องมีข้อสัญญาที่กำหนด ระยะเวลาของโครงการ ลักษณะของการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการ การดำเนินการของโครงการ อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินและผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างคู่สัญญา การเปลี่ยนลักษณะของการให้บริการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง สินทรัพย์ของโครงการ กรรมสิทธิ์ของสินทรัพย์นั้น และการคำนวณมูลค่าของสินทรัพย์โครงการ เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัยและการชำระค่าตอบแทนในกรณีเหตุสุดวิสัย เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา การชำระค่าเสียหาย การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดใช้ค่าเสียหาย รวมถึงการระงับข้อพิพาท ซึ่งทั้งหมดเป็นเพียงแต่การกำหนดให้ “ต้องมี”อย่างกว้างๆ ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีรายละเอียดอย่างไร และมีข้อน่าสังเกตว่าหากสัญญาร่วมลงทุนไม่ได้มีข้อสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้จะถือว่าเป็นการทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในพระราชบัญญัติก็ไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดข้อสัญญาเอาไว้แต่อย่างใด

ในระบบกฎหมายไทยจะมีการตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคู่สัญญาร่วมลงทุนเป็นพิเศษ[168] ซึ่งมีหน้าที่ตั้งแต่การพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมทุนซึ่งจัดทำโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ และยังมีอำนาจในการกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญาแทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ ทั้งยังเป็นผู้เจรจาและพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน ซึ่งสามารถเรียกให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนเข้าชี้แจงข้อมูลและส่งเอกสารได้ เท่ากับว่าดุลยพินิจในการกำหนดข้อสัญญาและเจรจาต่อรองกับเอกชนนั้นถูกโอนไปยังคณะกรรมการคัดเลือกคู่สัญญาร่วมลงทุนทั้งหมด

---

[167] ตามมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในขั้นตอนนี้อาจเกิดสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งต้องมีคุณสมบัติตามที่ประกาศของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐกำหนดได้ ซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครอง)

[168] ซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสี่คน องค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกนั้นจะมีบทต้องห้ามในคุณสมบัติในทำนองเดียวกับคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

Ref. code: 25595601032187GRS

ขั้นตอนที่สี่ จะเป็นการคัดเลือกคู่สัญญา โดยวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาโดยหลักจะเป็นวิธีการที่เรียกว่าการประมูล แต่อาจใช้วิธีการคัดเลือกอย่างอื่นได้ซึ่งจะต้องให้สำนักงานนโยบายรัฐวิสาหกิจส่งเรื่องให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอนุมัติ ซึ่งหลังจากการประมูลฝ่ายปกครองสามารถเจรจาต่อรองกับเอกชนที่ได้รับคัดเลือกได้อีก ซึ่งการคัดเลือกดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงลักษณะของเอกชนว่าเป็นผู้ที่มีลักษณะตามประกาศของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐว่าด้วยลักษณะของเอกชนที่ไม่ควรให้ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐและบุคคลที่ไม่ควรได้รับการแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษาหรือไม่ ในทำนองเดียวกันกับผู้ที่เป็นผู้ทิ้งงานในสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุนั่นเอง

ขั้นตอนที่ห้า หลังจากได้ผลการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาแล้ว คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องจัดทำร่างสัญญาให้แล้วเสร็จ และจะต้องนำผลการคัดเลือก ประเด็นที่จะเจราจาต่อรองกับเอกชน และ ไปเสนอต่อสำนักงานนโยบายรัฐวิสาหกิจเพื่อให้สำนักงานเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีและส่งร่างสัญญาดังกล่าวที่ผ่านการเจรจาแล้วให้กับสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อตรวจร่างสัญญา และเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจร่างสัญญาแล้วจะส่งกลับมาให้กับรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอร่างสัญญาพร้อมความเห็นให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติต่อไป ซึ่งเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติแล้วหน่วยงานเจ้าของโครงการจะเป็นผู้ลงนามในสัญญา ซึ่งจะถือว่าสัญญาการร่วมลงทุนได้เกิดขึ้นในขั้นตอนนี้

จะเห็นได้ว่าของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556นั้นควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการคัดเลือกคู่สัญญาและการกำหนดข้อสัญญาในแทบทุกขั้นตอน เนื่องจากการร่วมลงทุนนั้นมีมูลค่าสูง ทำให้กฎหมายไทยพยายามจะอุดช่องว่างไม่ให้เกิดการทุจริตเกิดขึ้นด้วยการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดกรองหลายคณะ ตั้งแต่ คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คณะกรรมการคัดเลือก คณะกรรมการกำกับดูแล คณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และพยายามทำให้การบริหารโครงการมีประสิทธิภาพตามเป้าหมาย ด้วยการทำแผนยุทธศาสตร์

มีข้อสังเกตว่าแม้สัญญาการร่วมลงทุนตามความหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความเกี่ยวเนื่องกับข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง ด้วยสภาพที่แนวคิดของความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนนี้เริ่มต้นที่อังกฤษ จนได้รับความนิยมไปทั่วยุโรป แม้แต่ฝรั่งเศสก็ต้องปรับระบบสัญญาทางปกครองของตนให้สอดคล้องกับแนวคิดความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนที่เข้ามา แต่ในระบบกฎหมายไทยนั้นไม่ได้พัฒนาแนวคิดของการร่วมทุนควบคู่ไปกับการพิจารณาข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะเรื่องของการตรวจสอบสัญญาและความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา แต่กลับกำหนดรายละเอียดจำนวนมากในขั้นตอนของการทำสัญญาในลักษณะของการควบคุมดุลยพินิจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างละเอียดรายละเอียดจำนวนมากนี้กลับทำให้เอกชนไม่อยากลงทุน และทำให้ต้นทุนของการทำสัญญานั้นแพงขึ้นจากขั้นตอนที่มากขึ้น ทำให้สุดท้ายรัฐต้องออกกฎหมายพิเศษมายกเว้นหลักเกณฑ์การทำสัญญาที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด ในโครงการที่รัฐเห็นว่าจำเป็นจะต้องดึงดูดนักลงทุนอยู่ดี

Ref. code: 25595601032187GRS

4.2.2.3 การควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการทำสัญญาด้วยการตรวจร่างสัญญาโดยสำนักงานอัยการสูงสุด

ในระบบกฎหมายไทยจะมีการตรวจร่างสัญญาของฝ่ายปกครองโดยสำนักงานอัยการสูงสุด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 โดยมติคณะรัฐมนตรีที่ นก. 33/2491 เป็นต้นมา การตรวจร่างสัญญาของฝ่ายปกครองโดยสำนักงานอัยการสูงสุด เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีในวันที่ 1 กันยายน 2535 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2) และ (3) และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งจะตรวจรูปแบบและเนื้อหาของสัญญาให้รัดกุม ไม่ให้รัฐเสียเปรียบหรือเสียหายในสามกรณี คือ

(1) การตรวจร่างสัญญาและสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งครอบคลุมสัญญาและกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่แทนที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 132 วรรคสอง

(2) การตรวจร่างตามมติคณะรัฐมนตรี ที่ นร. 0205/ว.138 ลงวันที่ 9 กันยายน 2535 มตินี้ใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่สัญญาเกี่ยวกับพัสดุ เช่น สัญญาให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) สัญญาห้ามเปิดเผยข้อมูล (Non-disclosure Agreement) เป็นต้น

(3) การตรวจร่างสัญญาตามกฎหมายร่วมทุน ตามมาตรา 20 ของ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เดิมทีการตรวจสัญญาที่ไม่ได้มีกฎหมายกำหนด เช่นในรัฐวิสาหกิจที่มีผู้เชี่ยวชาญในการตรวจสัญญาตามข้อกำหนดอยู่แล้ว อาจเป็นดุลยพินิจของหน่วยงานที่จะส่งให้อัยการตรวจร่างสัญญาหรือไม่ก็ได้[169] หลักเกณฑ์ดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปหลังจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ในระบบกฎหมายไทยพนักงานอัยการจึงมีบทบาทมากในสัญญาของฝ่ายปกครองทุกขั้นตอน ตั้งแต่การเข้าร่วมคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การเจรจาสัญญา การยกร่างสัญญา การตรวจร่างสัญญา การตอบข้อหารือ การตีความสัญญา การระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการ ไปจนถึงการดำเนินคดีว่าต่างแก้ต่างสัญญาของฝ่ายปกครองในศาลแพ่งหรือการดำเนินคดีสัญญาทางปกครองในนามของหน่วยงานของฝ่ายปกครอง ทำให้สำนักงานอัยการสูงสุดเองก็มีบทบาทในการพัฒนาระบบกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองในส่วนของการทำสัญญาและการบริหารสัญญาโดยสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายของอัยการ ผ่านทางคำวินิจฉัยในข้อหารือ อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยในข้อหารือดังกล่าวไม่ได้มีสภาพบังคับทางกฎหมาย

---

[169] นารี ตัณฑเสถียร, “สัญญาของรัฐ” ใน 72 ปีครูผู้อุทิศตนเพื่อวิชาชีพกฎหมาย ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล (2559) น.266

Ref. code: 25595601032187GRS

เมื่อได้ทำสัญญากันแล้ว โดยปกติสัญญาของฝ่ายปกครองจะมีโครงสร้างประกอบไปด้วย วันที่และสถานที่ทำสัญญา[170] ชื่อคู่สัญญาและที่อยู่[171] ความเป็นมา อารัมภบท ขอบเขตและข้อตกลงในสัญญา ซึ่งได้แก่บทนิยามและนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญามีต่อกัน ราคาตามสัญญาและการชำระเงิน[172] เอกสารแห่งสัญญา และท้ายที่สุดคือ ลายมือชื่อคู่สัญญา ปัญหาที่เกิดขึ้นหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วก็คือการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ย่อมต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ดังที่จะได้ศึกษาในหัวข้อถัดไป

4.3 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการตามสัญญาและความรับผิดของคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

เมื่อกระบวนการทำสัญญาสิ้นสุดลงหลังจากลงนามในสัญญาแล้ว สัญญาของฝ่ายปกครองก็จะเกิดขึ้นและมีผลบังคับใช้เปรียบเสมือนเป็นกฎหมายของคู่สัญญา นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจึงย่อมเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ตามข้อกำหนดในสัญญา

ข้อที่จะต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกก็คือในการดำเนินตามสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใดเป็นพิเศษหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็น

---

[170] วันที่ที่ทำสัญญานั้นส่งผลในเรื่องระยะเวลาในสัญญา ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นในประเทศไทยมีการทำสัญญาย้อนหลังย้อนกลับไประหว่างรอการอนุมัติโครงการเป็นจำนวนมาก นอกจากนั้นวันที่ทำสัญญากับวันที่สัญญามีผลบังคับอาจเป็นคนละวันกันก็ได้ ส่วนสถานที่ทำสัญญานั้นมีผลต่อเขตอำนาจศาลและการเลือกใช้กฎหมาย

[171] การกำหนดชื่อคู่สัญญาจะมีผลต่อการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งมักจะมีปัญหาการฟ้องผิดตัว ในกรณีของกิจการร่วมค้า ลูกหนี้ร่วม หรือ ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลของคู่สัญญา

[172] ในเรื่องการคำนวณราคานั้น มีระเบียบภายในมากมายที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึง เช่น สัญญาซื้อขายที่มีต้องการฝึกอบรมบุคลากรในการใช้เครื่องมือ หากมีค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมในต่างประเทศเช่น ค่าเดินทาง ค่าเบี้ยเลี้ยง ค่าที่พัก จะต้องแยกเป็นงบประมาณออกจากราคาตามสัญญาซื้อขาย ตามมติคณะรัฐมนตรี สร0202/ว222 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2523 หรือในกรณีของสัญญาจ้าง ซึ่งโดยปกติจะไม่มีการแยกการชำระเงินเป็นส่วน จะคิดตามสูตรราคาที่ได้ตกลงกันไว้แต่ต้น ราคาค่าจ้างตามสัญญามักจะเป็นแบบคงที่ จะมีการใช้แบบสัญญาจ้างปรับราคาได้ (ค่า K) ได้ในกรณีพิเศษตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดเท่านั้น ส่วนการคำนวณราคาในกรณีงานเพิ่มเติมก็จะคิดตามสูตรราคาเดิมเพิ่มขึ้นตามสัดส่วนงานที่ทำ

ราคาตามสัญญายังสะท้อนค่าเบี้ยปรับ (Liquidated damages) โดยเฉพาะกรณีการส่งมอบล่าช้าในสัญญาซื้อขายและการทำงานล่าช้ากรณีสัญญาจ้าง ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพัสดุ ข้อ 134 138 และ 139 ด้วย

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครอง ซึ่งก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย ศาลฎีกาก็ใช้หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองทุกชนิด[173] แต่หลังจากการพัฒนาของกฎหมายมหาชนในไทย และการกำเนิดของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทำให้ปัจจุบันการนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้โดยตรงทั้งหมดไม่ได้ แต่จะต้องมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย และจะต้องมีการหาดุลยภาพระหว่างประโยชน์เอกชนและประโยชน์ของมหาชน แม้ว่าในระบบกฎหมายไทยจะยังไม่มีประมวลกฎหมายซึ่งบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองโดยตรง ซึ่งถือเป็นเหตุผลหลักของการมีข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยแยกออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตามปัญหาที่ยากจะวินิจฉัยก็คือ ปัญหาที่ว่าการนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะทำได้มากน้อยเพียงใด

ตามหลักทั่วไปของสัญญา เมื่อคู่สัญญามีหนี้ที่ต้องชำระระหว่างกัน คู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามสัญญา ตามหลัก *สัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)* การปฏิบัติตามสัญญานั้นย่อมเป็นไปตามข้อสัญญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของนิติกรรมสัญญาและหนี้ อย่างไรก็ตามเมื่อสัญญาเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองทุกประการก็ตาม การปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่ควบคุมการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ในการใช้สิทธิตามสัญญา เช่นการอนุญาตให้มีการช่วงสัญญา การรับรู้การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญา การแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา เป็นต้น

นอกจากนั้นในกรณีที่สัญญาของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทยยังปรากฏลักษณะของการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นอิทธิพลที่ได้รับมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั่นเอง

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยแบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่ (1) หลักกฎหมายซึ่งอนุโลมมาจากกฎหมายเอกชน ได้แก่หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้ และหลักการปฏิบัติตามสัญญา และ (2) หลักที่ใช้กับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะซึ่งเป็นการสำรวจการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

4.3.1. หลักกฎหมายซึ่งอนุโลมมาจากกฎหมายเอกชน

4.3.1.1 หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของการชำระหนี้ (intuitis personae)

หลักการนี้เกิดขึ้นมาจากแนวคิดที่ว่า การทำสัญญาทางปกครองนั้นมีกระบวนการคัดเลือกเอกชนเป็นพิเศษตามกฎหมายและระเบียบที่รัฐวางไว้ ซึ่งฝ่ายปกครองได้พิจารณาคุณสมบัติ

---

[173] เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ในคดีเรื่องของสัมปทานบัตรศาลได้ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับคดีโดยตรง

Ref. code: 25595601032187GRS

และประเมินความเสี่ยงของคู่สัญญาไว้แล้วว่าเป็นผู้ที่เหมาะสมในการเป็นคู่สัญญาที่จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะราบรื่น จึงไม่สมควรปล่อยให้มีการโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอย่างอิสระให้แก่ผู้อื่นอันอาจทำให้บริการสาธารณะนั้นเสียไป หรือหยุดชะงักลงจากความผิดพลาดของบุคคลที่สาม ดังนั้นในสัญญาทางปกครอง จึงไม่อาจมีการโอนสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลที่สามได้อย่างเสรีดังเช่นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการโอนสิทธิหน้าที่ไปเสียทั้งหมด จนกลายเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นคู่สัญญาเดิม ซึ่งอาจถือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือระเบียบซึ่งกำหนดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้

อย่างไรก็ตามการปรับใช้หลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญจะมีความเคร่งครัดหรือมีข้อยกเว้นมากน้อยเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับสภาพของสัญญานั้นๆ ว่ามีความเกี่ยวโยงกับบริการสาธารณะมากน้อยเพียงใดเป็นสำคัญ เช่น ในสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุหรือการจัดหา คุณสมบัติของคู่สัญญานั้นไม่ได้เป็นสาระสำคัญ จึงอาจมีการทำสัญญาช่วงให้บุคคลภายนอกส่งมอบทรัพย์สินให้รัฐแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ โดยไม่ต้องรับความยินยอมจากฝ่ายปกครองก่อน หรือ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการสร้างความยืดหยุ่นในการบริหารโครงการ เช่น ในการสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ซึ่งมีการแบ่งงานเป็นหลายส่วนซับซ้อน จึงจำเป็นที่จะต้องมีการทำสัญญาช่วง หรือมีการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องทำตามระเบียบภายในซึ่งควบคุมการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการตกลงให้มีการทำสัญญาช่วง หรือ การให้ความยินยอมในการโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญา เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองบางประเภทนั้น ถือว่าคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญ เช่น สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทาน การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจึงต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อน ซึ่งส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติจะกำหนดไว้ในข้อสัญญาอยู่แล้ว ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวก็มีที่มาจากสัญญาแบบที่ระเบียบภายในกำหนดนั่นเอง

ประเด็นสำคัญที่จะต้องขบคิดเกี่ยวกับหลักคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของการชำระหนี้ก็คือในสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นในระบบกฎหมายไทยนั้น จะมีการทำ “สัญญารับช่วง” โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำสัญญากับเอกชนรายอื่นเพื่อปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาหลักที่ตนมีอยู่กับฝ่ายปกครองนั้นจะสามารถทำได้มากน้อยเพียงใด นอกจากนั้นปัญหาที่จะต้องพิจารณาเพิ่มเติมก็คือ ในระบบกฎหมายไทยจะมีการ “โอนฐานะความเป็นคู่สัญญา[174]” ในสัญญาของฝ่ายปกครองได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งการโอนฐานะความเป็นของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไปยังบุคคลภายนอกนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณีคือ (1) การโอนสิทธิในการได้รับชำระหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ (2) การโอนหน้าที่หรือภาระในการชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และหากมีการฝ่าฝืนข้อสัญญาในเรื่องการให้ความยินยอมโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลที่สามหรือการอนุญาตให้มีการช่วงสัญญาแล้ว สถานะของสัญญาช่วงหรือสัญญาโอนสิทธิหน้าที่นั้นจะเป็นเช่นใดและจะมีผลต่อสัญญาหลักอย่างไรบ้าง ดังนี้

---

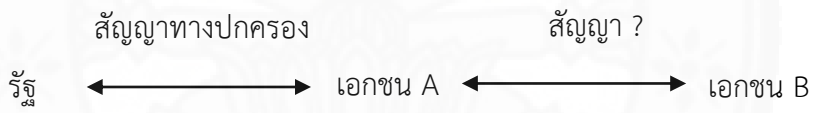
[174] การโอนสัญญา อาจเกิดขึ้นโดยผลทางกฎหมายหรือโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาก็ได้ ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองจะขอกล่าวถึงเพียงการโอนโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเท่านั้น

Ref. code: 25595601032187GRS

(1) การทำสัญญารับช่วง โดยปกติแล้ว ในระบบกฎหมายไทยจะมีการกำหนดให้การทำสัญญารับช่วงจะต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองก่อน ในข้อสัญญาซึ่งทำตามสัญญาแบบ โดยเฉพาะกรณีสัญญาที่สำคัญอย่างสัญญาสัมปทานหรือสัญญาจ้างก่อสร้างที่มีมูลค่าสูง ซึ่งฝ่ายปกครองจะประเมินคุณสมบัติของคู่สัญญาและผู้ที่รับจ้างช่วงตามที่ระบุไว้ในเอกสารประกวดราคาตั้งแต่ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาแล้ว ดังนั้นการรับเหมาช่วงของบุคคลภายนอกจึงเป็นไปไม่ได้โดยสภาพ เว้นแต่ข้อสัญญากำหนดไว้ให้ทำได้ และหากมีการทำสัญญารับช่วง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ยังคงรับผิดต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ในความบกพร่องของการปฏิบัติงานของผู้รับเหมาช่วงนั้น เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆกับผู้รับจ้างช่วง

การฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยการทำสัญญารับช่วงโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ยินยอมอาจมีผลเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่โอนสิทธิหรือช่วงสัญญานั้นผิดสัญญา และฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องรับรู้ถึงการช่วงนั้น นอกจากนั้นในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองยังอาจสั่งห้ามมิให้ผู้ช่วงสัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกหยุดการปฏิบัติตามสัญญาก็ได้

สำหรับปัญหาที่ว่าสัญญาช่วงนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ กล่าวคือจะถือได้ว่าสัญญาระหว่างเอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองทำกับเอกชนอีกรายหนึ่งเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง จะถือว่าสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่



ประเด็นนี้ในระบบกฎหมายไทย ยังไม่มีคำตอบที่แน่ชัดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (เอกชน A) จะถือเป็น “บุคคลที่กระทำการแทนรัฐ” อันเป็นหลักเกณฑ์ในเชิงองค์กรที่ทำให้สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ อย่างไรก็ตาม บุปผา อัครพิมานได้ให้ความเห็นว่า จะต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาช่วงนั้นเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อันเป็นภารกิจของรัฐหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ[175] ซึ่งทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาทางปกครองได้นั่นเอง

หลังจากการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 95 ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำในราชอาณาจักร จะต้องมีข้อตกลงในการห้ามคู่สัญญาไปจ้างช่วงให้ผู้อื่นทำอีกทอดหนึ่ง ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เว้นแต่การจ้างช่วงแต่บางส่วนที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาแล้ว และยังกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกำหนดให้มีค่าปรับสำหรับการฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของวงเงินของงานที่จ้างช่วงตามสัญญา ถ้าคู่สัญญาไปจ้างช่วงโดยฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว

---

[175] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 13, น. 96.

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) การโอนฐานะความเป็นคู่สัญญา การโอนฐานะความเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไปยังบุคคลภายนอกนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณีคือ

(a) การโอนสิทธิในการได้รับชำระหนี้ ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

การโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายไทยนั้นเป็นไปตามมาตรา 306 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้ที่รับโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องให้ความยินยอมด้วย และจะมีผลยกเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นโดยได้ทำคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเป็นหนังสือ หลักดังกล่าวนี้ได้นำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย[176] แม้สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาสัมปทานก็ตาม เช่น การโอนสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการได้รับค่าสินไหมทดแทนตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานให้แก่บุคคลภายนอก ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่มีต่อฝ่ายปกครองไว้หลายกรณี เช่น กรณีที่มีปัญหาในการยกเลิกการโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องมีความยินยอมของผู้รับโอนด้วย[177] ดังนั้นแม้ต่อมาผู้โอนจะแจ้งต่อเจ้าหนี้ว่าไม่ต้องชำระเงินให้กับผู้รับโอนก็ไม่ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องระงับไป[178] การโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีการลงลายมือชื่อย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย[179] และหากฝ่ายปกครองจ่ายเงินให้ผู้รับเงินที่ไม่มีสิทธิรับเงิน ถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้ได้ ดังนั้นในทางปฏิบัติหากฝ่ายปกครองไม่แน่ใจว่าผู้มีสิทธิรับเงินที่แท้จริงเป็นใครอาจใช้วิธีการวางทรัพย์ได้[180]

นอกจากนั้นกระทรวงการคลังยังได้กำหนดวิธีปฏิบัติในการจ่ายเงินกรณีโอนสิทธิเรียกร้องขึ้น ตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 05265/ว110 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 2541 ซึ่งผูกพันให้ฝ่ายปกครองนั้นใช้ดุลยพินิจในกรอบที่กำหนด[181] โดยเฉพาะการกำหนดให้ส่วนราชการใน

---

[176] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 421/2552

[177] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.43/2550

[178] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.81/2557 นอกจากนั้นมีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดข้อหารือที่ 63/2532 เคยวางหลักไว้ว่า เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว แม้ภายหลังผู้โอนและผู้รับโอนมีหนังสือแจ้งหน่วยงานของรัฐว่ายกเลิกการโอนดังกล่าว ก็ไม่เกิดผลทางกฎหมายเป็นการยกเลิกการโอนสิทธิเรียกร้อง จะต้องทำการโอนสิทธิเรียกร้องกลับไปอีกครั้งตามแบบที่กฎหมายกำหนด

[179] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.333/2557

[180] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.81/2557 และ คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดข้อหารือที่ 235/2541

[181] หนังสือดังกล่าวกำหนดให้ (1) เมื่อส่วนราชการได้รับหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าซื้อทรัพย์สินค่าจ้างทำของหรือค่าเช่าทรัพย์สิน ให้ส่วนราชการส่งสำเนาหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิการรับเงินดังกล่าวให้กรมสรรพากร หรือสำนักงานสรรพากรจังหวัดเพื่อทราบ

Ref. code: 25595601032187GRS

ฐานะลูกหนี้ ไม่ต้องให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง เพียงแต่รับทราบเท่านั้น เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถยกข้อต่อสู้แก่ผู้รับโอนได้ตามมาตรา 308 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[182] และในทางปฏิบัติเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองก็จะหารือไปที่สำนักงานอัยการสูงสุด

ปัญหาในทางปฏิบัติที่มักเกิดขึ้นกับการโอนสิทธิเรียกร้องระบบกฎหมายไทย ก็คือการยกข้อต่อสู้ที่ฝ่ายปกครองมีอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้โอน ขึ้นต่อสู้กับผู้รับโอนนั่นเอง เช่น

- หากเกิดกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับจ้าง (ซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้าง) ไม่จ่ายค่าจ้างแรงงานให้แก่ลูกจ้างของตน ลูกจ้างก็อาจมาร้องเรียนกับคู่สัญญาฝ่ายปกครองในฐานะผู้ว่าจ้าง ตามสัญญาจ้าง เนื่องจากข้อ 12 ของแบบสัญญามาตรฐานสัญญาจ้าง ได้กำหนดหน้าที่ของผู้รับจ้างให้ต้องจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างของตน ในอัตราและกำหนดเวลาที่ตนได้ตกลงไว้กับลูกจ้างของตน ข้อสัญญานี้แสดงให้เห็นว่ารัฐได้ก้าวล่วงไปถึงเรื่องซึ่งเป็นกิจการภายในของฝ่ายเอกชน เพื่อให้แน่ใจว่าลูกจ้างของฝ่ายเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนตามกำหนด เพื่อป้องกันปัญหางานหยุดชะงักจากการประท้วงของ

และส่วนราชการ **ไม่ต้อง**ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นๆ (2) ในการเบิกเงินจากคลัง ให้ส่วนราชการขอเบิกเงินให้แก่เจ้าหนี้ตามที่ระบุในสัญญาตามปกติ แต่ให้ส่วนราชการจ่ายเงินดังกล่าวแก่ผู้รับโอนโดยตรง ทั้งนี้ส่วนราชการจะต้องเรียกหลักฐานแสดงการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อใช้เป็นหลักฐานประกอบการพิจารณาจ่ายเงิน และให้ส่งสำเนาหลักฐานแสดงการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินเพื่อทราบ (3) เมื่อได้จ่ายเงินให้แก่ผู้รับโอน ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายครั้งเดียวหรือหลายครั้ง ให้ผู้รับโอนออกใบเสร็จรับเงินเท่าจำนวนสุทธิที่ได้รับไปจากส่วนราชการ โดยระบุว่าเป็นการรับเงินตามสิทธิเรียกร้องของผู้ใด และให้ส่วนราชการหมายเหตุรายละเอียดในใบเสร็จรับเงิน ซึ่งผู้รับโอนออกให้ ว่าเป็นรายใด สัญญาเลขที่ใด ลงวันที่ เดือน ปี เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบด้วย (4) ให้ส่วนราชการ ออกใบรับรองการหักเงิน ณ ที่จ่าย สำหรับกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้อง (แบบ บก. 28/1) ตามแบบที่แนบมาพร้อมหนังสือนี้ แล้วส่งต้นฉบับให้แก่ผู้ขาย ผู้รับจ้าง หรือผู้ให้เช่า 1 ฉบับ ส่วนสำเนาอีกหนึ่งฉบับ ส่งให้กรมสรรพากร (5) ให้ส่วนราชการใช้หนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง ใบเสร็จรับเงินของผู้รับโอนที่แสดงจำนวนเงินที่ได้รับไปสุทธิ และสำเนาใบรับรองหักภาษี ณ ที่จ่าย (แบบ บก. 28/1) ที่ส่วนราชการออกให้ผู้โอนเป็นหลักฐานในการบันทึกบัญชี

[182] มาตรา 308 ถ้าลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมดังกล่าวมาในมาตรา 306 โดยมิได้อิดเอื้อน ท่านว่าจะยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนนั้นหาได้ไม่ แต่ถ้าเพื่อจะระงับหนี้นั้นลูกหนี้ได้ใช้เงินให้แก่ผู้โอนไปไซร้ ลูกหนี้จะเรียกคืนเงินนั้นก็ได้ หรือถ้าเพื่อการเช่นกล่าวมานั้น ลูกหนี้รับภาระเป็นหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นใหม่ต่อผู้โอน จะถือเสมือนหนึ่งว่าหนี้นั้นมิได้ก่อขึ้นเลยก็ได้

ถ้าลูกหนี้เป็นแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ท่านว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ผู้โอนก่อนเวลาที่ได้รับคำบอกกล่าวนั้นฉันใด ก็จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่ผู้รับโอนได้ฉันนั้น ถ้าลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องจากผู้โอน แต่สิทธินั้นยังไม่ถึงกำหนดในเวลาบอกกล่าวไซร้ ท่านว่าจะเอาสิทธิเรียกร้องนั้นมาหักกลบลบกันก็ได้ หากว่าสิทธินั้นจะได้ถึงกำหนดไม่ช้ากว่าเวลาถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้องอันได้โอนไปนั้น

Ref. code: 25595601032187GRS

ลูกจ้างของผู้รับจ้าง ซึ่งถ้าผู้รับจ้างไม่จ่ายเงินค่าจ้างหรือค่าทดแทนอื่นใดให้แก่ลูกจ้างของตน ผู้ว่าจ้าง (ฝ่ายปกครอง) มีสิทธิเอาเงินที่จะจ่ายแก่ผู้รับจ้างมาจ่ายให้แก่ลูกจ้างของผู้รับจ้างดังกล่าวและให้ถือว่าผู้ว่าจ้างได้จ่ายเงินจำนวนนั้นให้แก่ผู้รับจ้างตามสัญญาแล้ว เช่นนี้เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีข้อต่อสู้ดังกล่าวให้กับบุคคลภายนอก ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตาม วิธีปฏิบัติเพิ่มเติมโดยคณะกรรมการว่าด้วยพัสดุ (กวพ.) ซึ่งอาศัยอำนาจตามระเบียบข้อ 12 (5) และ (15) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ และ หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร (กวพ) 1305/ว 19 ลงวันที่ 4 มกราคม 2544 กล่าวคือ กำหนดให้ส่วนราชการไม่ต้องแจ้งความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องให้ผู้โอนทราบ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวแก่ผู้รับโอนได้

- กรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจ้างแบบปรับราคาได้ (Escalation contract) (ค่าK) โดยปกติแล้วสัญญาก่อสร้างจะมีการทำสัญญาในรูปแบบของสัญญาราคาเดียว (fixed price contract) ตามรูปแบบสัญญาจ้างมาตรฐานที่แนบท้ายระเบียบฯ ซึ่งจะระบุราคาค่าจ้างไว้แน่นอนเป็นแบบราคาต่อหน่วย (unit rate) หรือ ราคาเหมารวม (Lump sum) ซึ่งราคาค่าจ้างงานก่อสร้างก็จะแน่นอนไม่มีการเปลี่ยนแปลง การเปลี่ยนแปลงของราคาวัสดุก่อสร้างในอนาคตไม่มีผลกระทบต่อราคาตามสัญญาจ้างแต่อย่างใด ทำให้ผู้รับเหมาจึงต้องรับความเสี่ยงเองจากการผันผวนเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าในอนาคตโดยเฉพาะในกรณีที่โครงการมีระยะยาวหลายปี รัฐบาลจึงมีการกำหนดมาตรการขึ้นเพื่อช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้างโดยใช้มาตรการ 2 อย่าง คือ การขยายเวลาก่อสร้างให้ และ ให้นำสัญญาจ้างแบบปรับราคาได้ (ค่าK) (Escalation Contract) มาใช้เพื่อเป็นหลักประกันในกรณีที่ราคาวัสดุได้เปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นหรือลดลง เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตั้งแต่ปี 2517[183] ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็คือ หากมีการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจ้างแบบปรับราคาได้ จะโอนไปในจำนวนเงินแน่นอนเท่าใด ผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้โอนสิทธิเรียกร้องจึงต้องตกลงกับผู้รับโอนว่าการโอนสิทธิเรียกร้องรวมถึงเงินที่ปรับราคาแล้วหรือไม่ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งหากตกลงกันว่าโอนสิทธิเรียกร้อง “ทั้งหมด” ย่อมรวมถึงเงินค่าจ้างที่ปรับราคาแล้วด้วย[184]

---

[183] จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 129, น. 117.

[184] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4306/2528 สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องทั้งหมดย่อมหมายความรวมถึงค่าจ้างที่สามารถปรับราคาได้ด้วย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4767/2529 เงินค่าจ้างที่สามารถปรับราคาได้ ส่วนที่กองทัพอากาศจ่ายเพิ่มให้แก่จำเลยตามสัญญาจ้างชนิดปรับราคาได้ สิทธิเรียกร้องในจำนวนเงินดังกล่าวย่อมต้องโอนไปเป็นของธนาคารตามหนังสือสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องด้วย โจทก์จึงไม่มีสิทธิจะร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีอายัดเงินดังกล่าวเพราะเป็นของธนาคารซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง อ้างใน คถา สถลสุต, “กุญแจแปดดอกสำคัญของสัญญาของรัฐ” <u>แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม,</u> (กรุงเทพฯ : บริษัท ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด , 2554) น.217.

Ref. code: 25595601032187GRS

ส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคท้ายนั้นได้บัญญัติให้บังคับด้วยบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงไม่มีความแตกต่างกันในแง่ของการปฏิบัติ

(b) การโอนหน้าที่หรือภาระในการชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก ด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้นสามารถทำเป็นสัญญาสามฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และลูกหนี้คนใหม่ หรืออาจทำโดยสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่โดยไม่ขึนใจลูกหนี้รายเดิม ซึ่งไม่ว่ากรณีใดก็จะต้องอาศัยความยินยอมของเจ้าหนี้ และคู่สัญญาจะต้องมีเจตนาในการระงับหนี้เดิม เท่ากับว่า เมื่อมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ หนี้ตามสัญญาย่อมเดิมระงับไปเกิดเป็นหนี้สัญญาใหม่ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ตามมาตรา 349-351 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายความเมื่อนำหลักการดังกล่าวปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ย่อมทำให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่อาจทำได้โดยปริยาย เนื่องจากการทำสัญญาใหม่ย่อมอยู่ภายใต้หลักการที่จำกัดเสรีภาพของฝ่ายปกครองในการเลือกคู่สัญญา และจะต้องมีกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่อีกครั้งภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนด ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยสภาพ เนื่องจากจะเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั่นเอง ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนย่อมทำให้สัญญามีข้อบกพร่องทำนองเดียวกันกับสัญญาที่กระบวนการทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง อย่างไรก็ตามปัญหานี้ซับซ้อนขึ้นในกรณีที่มีการสืบสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเดิมด้วยการควบรวมกิจการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อยกเว้นที่มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่

นอกจากนี้ในกรณีของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นล้วนแต่ถูกกำหนดให้การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกนั้นจะต้องได้รับการอนุญาตก่อนทั้งสิ้น ซึ่งปรากฏในรูปแบบของการห้ามโอนใบอนุญาตหรือสัมปทานให้แก่ผู้อื่น[185] หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมในการประกอบกิจการที่ได้รับสัมปทาน[186]

4.3.1.2 หลักการผูกพันตามสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาเปรียบเสมือนกับกฎหมายของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครอง หากเป็นสัญญาของฝ่าย

---

[185] เช่นในกรณีของสัมปทานที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน กฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในประมวลกฎหมายที่ดิน ได้กำหนดให้สัมปทานเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้รับสัมปทาน หากผู้รับสัมปทานได้ตายไป ทายาทจะต้องขออนุญาตรับสัมปทานใหม่ และยังกำหนดให้การโอนสัมปทานต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรีก่อน

[186] เช่น ประกาศกระทรวงคมนาคมลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2539 กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบกิจการท่าเรือ ในข้อ 10 ซึ่งเป็นประกาศที่ออกตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครองในระบบกฎหมายเอกชน การปฏิบัติตามสัญญาย่อมไม่ความแตกต่างๆใดกับสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง กฎหมายที่บังคับใช้กับการปฏิบัติตามสัญญาย่อมเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากแต่มีระเบียบภายในกำหนดดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง เช่นในเรื่องของ การแก้ไขสัญญา การใช้สิทธิเลิกสัญญา การคำนวณเบี้ยปรับ เป็นต้น ส่วนในกรณีของสัญญาทางปกครอง ก็มีการอนุโลมกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับเช่นกัน แต่มีการปรากฏลักษณะการใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวบังคับกับเอกชนในขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งย่อมจะต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษเพิ่มเติมดังที่จะได้กล่าวต่อไป

ในส่วนนี้จึงจะทำการพิจารณาปัญหาสำคัญแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ หลักการผูกพันตามสัญญานั้นก่อให้เกิดผลกับสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างไร และในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครอง จะสามารถอนุโลมหลักกฎหมายสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนได้มากน้อยเพียงใด

(1) ผลของหลักการผูกพันตามสัญญา

คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญา สืบเนื่องมาจากผลในทางหนี้ของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาต้องชำระหนี้ให้ถูกต้องตามความประสงค์ตามสัญญา จนกว่าสัญญาจะระงับ[187] หรือ เกิดเหตุสุดวิสัย[188]ในการปฏิบัติตามสัญญา หรือในกรณีที่พฤติการณ์ในการชำระหนี้ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา จนทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปจะเกิดความไม่

---

[187] ในระบบกฎหมายไทย สัญญาอาจระงับเมื่อคู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือด้วยการบอกล้างสัญญาที่เป็นโมฆียะ หรือด้วยการเลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาสามารถทำได้สามวิธี คือ (1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงเลิกสัญญากัน (2) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอแล้วอีกฝ่ายสนอง ทำให้รวมถึงการสนองเลิกสัญญาโดยปริยายด้วย และ (3) การใช้สิทธิเลิกสัญญา ซึ่งสิทธิดังกล่าวอาจมาจากข้อสัญญา หรือบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่ง ได้แก่ มาตรา 387 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบททั่วไป ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาเนื่องจากอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาในกรณีที่เวลาเป็นสาระสำคัญ หรือเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ตาม 389 นอกจากนั้นสิทธิในการเลิกสัญญาอาจเกิดจากกฎหมายเฉพาะก็ได้ เช่นในเรื่องของเอกเทศสัญญา

[188] ความหมายของเหตุสุดวิสัยนั้นเป็นไปตาม มาตรา 8 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอนุโลมมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย (เช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.566/2557) ซึ่งมีผลทำให้การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย และทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากชำระหนี้ ตามมาตรา 219 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 274/2555) อย่างไรก็ตามหากเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นหลังจากพ้นกำหนดระยะเวลาทำงานไปแล้ว กล่าวคือลูกหนี้ได้ผิดนัดแล้ว ย่อมไม่อาจอ้างเหตุนั้นเพื่อให้พ้นผิดได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.714/2557)

Ref. code: 25595601032187GRS

ยุติธรรมตามหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในฐานะของข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ซึ่งกระจายตัวอยู่ในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[189]

ดังนั้นในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาตามที่ฝ่ายปกครองต้องการ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาตามจำนวนเงินและตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้[190] อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการปฏิบัติตามสัญญาและการจ่ายเงินตามสัญญา ฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องปฏิบัติตามระเบียบภายในซึ่งควบคุมดุลยพินิจในการใช้สิทธิตามสัญญาเช่นกันยกตัวอย่างเช่น การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้งบประมาณ การเบิกจ่ายเงิน การตรวจรับงานหรือสิ่งของ ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายเงินหลังจากที่มี “การตรวจรับ” โดยชอบด้วยวิธีที่ตกลงกันไว้ในสัญญา ฝ่ายปกครองไม่อาจอ้างระเบียบภายในซึ่งไม่ได้เขียนไว้ในข้อกำหนดของสัญญา มาปฏิเสธการตรวจรับงาน หรือการจ่ายเงินให้เอกชนได้[191] และ ไม่อาจอ้างระเบียบภายในในเรื่องต้องหารือส่วนราชการมาเป็นข้ออ้างในการจ่ายเงินช้ากว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา[192] หรือ ในกรณีที่มีการใช้ข้อสัญญาแบบปรับราคาได้เป็นกรณีพิเศษ (กรณีที่ไม่ได้ระบุไว้ในเอกสารประกวดราคา) ฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายค่าปรับราคา (ค่า K) ให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ มติคณะรัฐมนตรีเรื่องการกำหนด

---

[189] ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการจัดระเบียบอย่างชัดเจนว่าเอามาปรับใช้ได้เพียงใด เนื่องจากข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยนั้นเดินตามแนวทางของกฎหมายฝรั่งเศส จึงมีแนวโน้มว่าจะอธิบายเรื่อง *Clausula rebus sic stansibus* ในทำนองของการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเพื่อรักษาดุลยภาพทางการเงินของคู่สัญญามากกว่า ผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายที่ปรับใช้หลัก *Clausula rebus sic stansibus* กับสัญญาของฝ่ายปกครองในทำนองเดียวกับสัญญาของเอกชนคือ ระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้มีมโนทัศน์ว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือเอกชนในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกันเมื่อฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบสัญญา โปรดดู ปารวี พิสิฐเสนากุล, “หลัก calsula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2553) และ Worachet Pakeerut, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages, (Berlin : Duncker & Humblot, 2000) p. 104 ในหัวข้อ Anpassung und Kündigung des Vertrages: Die Positivrechtlich normierte clausula rebus sic stantibus

[190] พนม เอี่ยมประยูร, “ผลของสัญญาทางปกครอง”, ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร (2545), น.91.

[191] เช่น การไม่ตรวจรับงานโดยอ้างว่าเบิกจ่ายทดรองราชการไม่ชอบตามระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่ไม่ได้เขียนไว้ในสัญญา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.384/2552 และ อ. 296/2552) หรือ การไม่ตรวจรับงานโดยอ้างว่าไม่ได้ทำตามระเบียบภายในเรื่องงบประมาณ ถือเป็นการไม่สุจริตและต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับเอกชน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 91/2557)

[192] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2554

Ref. code: 25595601032187GRS

มาตรการช่วยเหลือผู้ประกอบอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบอาชีพงานอื่นกับทางราชการกำหนด[193] ซึ่งมีกระบวนการพิเศษ

ในฝั่งของเอกชนเอง การส่งมอบของอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจัดหา หรือการส่งมอบงานย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายพิเศษอื่นๆ การส่งมอบที่ไม่ถูกต้องถือเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องตามความประสงค์ของเจ้าหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิในการปฏิเสธการรับชำระหนี้ อย่างไรก็ตามการรับชำระหนี้ในสัญญาของฝ่ายปกครองหลายชนิดมีความซับซ้อนขึ้นเนื่องจากต้องมีการตรวจรับงาน ซึ่งศาลปกครองก็วางหลักเกี่ยวกับการตรวจรับงานและการส่งมอบไว้เพิ่มเติม เช่น การวางหลักว่าการส่งมอบของที่เป็นชุดประกอบกัน หากขาดส่วนใดไปให้ถือว่าไม่มีการส่งมอบเลย[194] ส่วนในกรณีทั่วๆไปหากการส่งมอบไม่สมบูรณ์บางส่วน ฝ่ายปกครองก็ต้องคำนวณการจ่ายเงินตามส่วนที่รับไป[195] เป็นต้น

การตรวจรับงานก็อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครองเช่นกัน เนื่องจากการตรวจรับงานจะมีผลต่อเนื่องมาถึงการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลเข้ามาตรวจสอบว่าทำโดยมีสิทธิตามกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากการตรวจรับงานก็คือการรับชำระหนี้นั่นเอง ตัวอย่างการตรวจรับงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่น ใช้มาตรฐานตรวจรับนอกจากข้อกำหนดในสัญญา[196] การนำเหตุที่ว่าราคาพัสดุต่ำกว่าราคากลาง ซึ่งไม่ได้เป็นเหตุที่กำหนดในข้อกำหนดของสัญญา มาปฏิเสธการตรวจรับงาน[197] การอ้างแบบแปลนในใบประมาณราคาซึ่งไม่ใช่เอกสารแนบท้ายสัญญามาเป็นเกณฑ์ในการตรวจรับ[198] เป็นต้น ซึ่งการตรวจรับงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจนำมาซึ่งการผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง จากการที่ฝ่ายปกครองไม่ชำระหนี้ได้[199]

หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญา ย่อมตามมาด้วยความรับผิดในค่าเสียหาย ค่าปรับ หรือการยึดหลักประกัน ซึ่งอนุโลมหลักตามกฎหมายแพ่งมาใช้ในกรณีของสัญญาทางปกครองด้วย หากค่าปรับในสัญญาสูงเกินส่วนศาลก็อาจปรับลดลงได้ และยังมีกรณีที่มีการออกมติคณะรัฐมนตรีช่วยเหลือในการลดค่าปรับให้เอกชนอีกด้วย[200]

---

[193] ซึ่งใช้กับผู้ประกอบการคนไทยหรือกิจการร่วมค้าคนไทยเท่านั้น ไม่ใช้บังคับกับนิติบุคคลสัญชาติอื่น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.120/2549 ซึ่งศาลตัดสินว่าคำสั่งปฏิเสธของคณะกรรมการชอบด้วยกฎหมายแล้ว) สะท้อนให้เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีนี้มุ่งคุ้มครองคนชาติเท่านั้น และยังกำหนดให้การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากวิกฤตเศรษฐกิจ

[194] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 817/2557

[195] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.93/2551 และ อ.145/2551

[196] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 176/2548

[197] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.179/2550

[198] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.374/2551

[199] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.522/2557

[200] โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 39/2558

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) การปรับใช้หลักกฎหมายเอกชนกับสัญญาทางปกครองในการผูกพันตามสัญญา

ด้วยสภาพความเป็น “สัญญา” ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ซึ่งแม้จะมีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกมาเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนเป็นพิเศษ แต่ก็ยังไม่ได้มีการประมวลกฎเกณฑ์ดังกล่าวออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้กฎเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนหลายประการได้ถูกหยิบยืมมาใช้กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยโดยอนุโลม ผ่านการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาลปกครองตั้งแต่เรื่องของการแสดงเจตนาซึ่งเป็นการก่อให้เกิดสัญญาไปจนถึงการปฏิบัติตามสัญญาและการสิ้นสุดของสัญญา ซึ่งในความผูกพันทางสัญญาตามสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้อนุโลมหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับสัญญาทางปกครองในหลายกรณี เช่นในเรื่องของเงื่อนไขเงื่อนเวลาในสัญญา วัตถุแห่งหนี้ ผลแห่งหนี้ การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย[201] การไม่ชำระหนี้ กรณีลูกหนี้และเจ้าหนี้หลายคน เช่น หลักลูกหนี้ร่วม[202] การโอนสิทธิเรียกร้อง การระงับแห่งหนี้ การชำระหนี้ กำหนดเวลาชำระหนี้[203] การหักลบกลบหนี้[204] สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก มัดจำและเบี้ยปรับ โดยเฉพาะการลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วน การเรียกดอกเบี้ยกรณีผิดสัญญา[205] การตกลงเลิกสัญญา[206] การตีความสัญญาเรื่องสัญญาที่เป็นนิติกรรมอำพราง[207] สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญา ผลของการบอกเลิกสัญญา การขยายระยะเวลาของสัญญา ความรับผิดเรื่องชำรุดบกพร่องและการประกันผลงาน[208] การใช้หลักสุจริตในสัญญา[209] เป็นต้น

---

[201] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.419/2553 ซึ่งเป็นกรณีของสัญญาใช้ทุนการศึกษา หากหน่วยงานฝ่ายปกครองไม่รับบรรจุคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ถือว่าเจ้าหนี้บอกปัดการชำระหนี้ ทำให้ลูกหนี้ไม่ผิดนัด และเมื่อผู้รับทุนเกษียณอายุราชการ ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาใช้ทุนการศึกษาตกเป็นพ้นวิสัย

[202] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 500/2557

[203] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 32/2546

[204] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.279/2551 และ อ.116/2555

[205] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 5/2545

[206] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 27/2549

[207] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 551/2557

[208] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 435/2558

[209] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160/2550 และ อ. 733/2554 เป็นการวางหลักเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองที่ไม่สุจริต กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แจ้งขออนุมัติการเปลี่ยนแปลงรากฐานสะพานเนื่องจากการตอกเสาเข็มไม่เหมาะกับสภาพของพื้นที่ และได้ขอหยุดทำงานและขยายระยะเวลาก่อสร้าง แต่ฝ่ายปกครองกลับไม่อนุมัติโดยให้เหตุผลว่าประกาศสอบราคาระบุรายละเอียดของงานให้ใช้เสาเข็ม หากแก้สัญญาโดยไม่เริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ จะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นเสียสิทธิในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้พยายามขอ

Ref. code: 25595601032187GRS

อย่างไรก็ตามหลายเรื่องอาจจะต้องทบทวนเป็นพิเศษ เช่น ความสมบูรณ์ของสัญญาในเรื่องของความเป็นโมฆะและโมฆียะของสัญญาว่าสมควรนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองมากน้อยเพียงใด ซึ่งมีคำพิพากษาบางส่วนได้นำความเป็นโมฆะและโมฆียะมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย[210] ซึ่งมีข้อควรพิจารณาเป็นอย่างยิ่งว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่องหรือสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายไทยนั้นควรจะพัฒนาไปในทิศทางใดต่อไป ซึ่งต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองอย่างเป็นระบบ

ในบางกรณีหลักกฎหมายเอกชนก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้เนื่องจากขัดกับลักษณะของสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน เช่น หลักการชำระหนี้ต่างตอบแทน ตามมาตรา 369[211] เนื่องจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะในทำนองเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจึงไม่อาจหยุดการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ชำระหนี้ต่างตอบแทนได้ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นเกี่ยวกับความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และบริการสาธารณะนั้นจะเสียไปหากเอกชนหยุดการปฏิบัติตามสัญญา

ในบางกรณีที่การปรับใช้กฎหมายแพ่งกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็มีการปรับใช้อย่างจำกัดหรือเพียงบางส่วนเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพของเรื่อง เนื่องจากมีระเบียบภายในหรือกฎหมายที่จำกัดดุลยพินิจในการใช้สิทธิตามสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่น

- การเลิกสัญญาทางปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 676/2554 ได้เคยวางหลักว่าสัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดลง โดยกรณีดังต่อไปนี้ (1) เมื่อคู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา (2) สิ้นสุดลงด้วยการเลิกสัญญา ซึ่งแยกย่อยออกเป็นสี่กรณี คือ การเลิกสัญญาโดยความยินยอมทั้งสองฝ่าย การเลิกสัญญาเมื่อสัญญาเลิกกันโดยปริยาย การเลิกสัญญาเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา[212] ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในการเลิกสัญญา ร้องขอต่อศาลให้มีการเลิกสัญญา และ การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการแบ่งแบบนี้สร้างความสับสนได้ไม่น้อยโดยเฉพาะการใช้ถ้อยคำว่า “ศาลมีคำสั่งให้เลิกสัญญา” ซึ่งแท้จริงแล้วศาลมี

อนุมัติอีกหลายครั้งโดยมิได้เข้าทำงาน ฝ่ายปกครองจึงแจ้งสงวนสิทธิค่าปรับและบอกเลิกสัญญา ซึ่งศาลปกครองตัดสินว่าเป็นการเลิกสัญญาที่ไม่สุจริต

[210] โปรดดูหัวข้อ สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายไทย

[211] มาตรา 369 ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด

[212] ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลตรวจสอบว่าใครมีสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย แล้วสั่งให้เลิกสัญญาตามคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ให้เลิกสัญญา ไม่ใช่กรณีที่ศาลใช้ดุลยพินิจสั่งให้ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาเอง ซึ่งเป็นการก้าวล่วงไปใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

คำสั่งตาม “คำขอ” ของผู้มีสิทธิเลิกสัญญาซึ่งใช้เกณฑ์พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง ศาลไม่ได้ใช้ดุลยพินิจในการเลิกสัญญาด้วยตัวเอง

การเลิกสัญญาโดยความยินยอมของทั้งคู่สัญญาฝ่ายปกครองและเอกชนนั้น จะต้องอาศัยความยินยอมซึ่งมาจากการแสดงเจตนาโดยผู้มีอำนาจ ซึ่งจะต้องพิจารณาในทำนองเดียวกับผู้มีอำนาจทำสัญญาทางปกครองนั่นเอง ส่วนการเลิกสัญญาโดยปริยาย เป็นการประเมินจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่ามีเจตนาเลิกสัญญากันโดยปริยาย[213]

ส่วนการเลิกสัญญาโดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาตามข้อสัญญาหรือตามกฎหมายนั้น ในเบื้องต้นจะต้องเข้าใจก่อนว่า เมื่อฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาโดยใช้สิทธิจากข้อสัญญาหรือกฎหมายในทำนองเดียวกับเอกชน ซึ่งไม่ได้มีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาฝ่ายเดียว การบอกเลิกสัญญานั้นถือว่าเป็นการใช้สิทธิจากข้อสัญญา และไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง[214] การใช้สิทธิเลิกสัญญานี้จึงเกิดขึ้นเมื่อมีการผิดสัญญาโดยความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากคู่สัญญาไม่มีความผิดการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวจะถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ ซึ่งจะใช้ได้ในกรณีที่จำกัดเท่านั้น ซึ่งใช้กฎเกณฑ์เดียวกับการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง

การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองนั้น ถือเป็นดุลยพินิจที่ถูกควบคุมด้วยระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ เนื่องจากส่งผลกระทบต่องบประมาณจำนวนมาก เช่นในกรณีของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ การเลิกสัญญาจ้างงานโยธาสาธารณะนั้นเป็นไปตาม ข้อ 137 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องบอกเลิกสัญญา เมื่อ “มีเหตุอันควรเชื่อ”

---

[213] โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 160/2549 อ.231/2551 และ อ. 119/2558 การเลิกสัญญาโดยปริยายยังอาจเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างไม่มีสิทธิบอกเลิกตามข้อสัญญาหรือกฎหมาย แต่กลับมาใช้สิทธิเลิกสัญญาทั้งคู่ ถือว่าเป็นสมัครใจเลิกสัญญากันโดยปริยาย (อ. 231/2551) หรือ กรณีสัญญารับทุนที่ผู้รับทุนไม่สำเร็จการศึกษาได้ร้องขอเข้ารับราชการเพื่อใช้ทุนแล้วแต่หน่วยงานทางปกครองผู้ให้ทุนไม่จัดเข้ารับราชการ เช่นนี้ถือไม่ได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาเนื่องจากฝ่ายปกครองผู้เป็นเจ้าหนี้ได้ปฏิเสธการรับชำระหนี้ อย่างไรก็ตามการจะให้หน่วยงานทางปกครองรับผู้ที่ไม่สำเร็จการศึกษาย่อมไม่มีเหตุอันควร กรณีนี้จึงเป็นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนให้การบังคับตามสัญญาสิ้นสภาพลง ถือเป็นกรณีที่สัญญาเลิกกันโดยปริยาย คู่สัญญาต้องกลับสู่ฐานะเดิมโดยไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายกันได้ ผู้รับทุนต้องคืนเงินทุนการศึกษาพร้อมดอกเบี้ย (อ. 160/2549) นอกจากนั้นศาลยังตีความขยายไปถึงกรณีที่หน่วยงานปกครองไม่รับผู้รับทุนที่สำเร็จการศึกษาด้วยผลการเรียนที่ไม่สูงและใช้ระยะเวลานานในการศึกษาเข้าทำรับราชการทั้งที่ผู้รับทุนได้มีคำขอแล้ว ว่าเป็นกรณีที่สัญญาเลิกกันโดยปริยายในทำนองเดียวกัน (อ. 443/2550) ซึ่งด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการให้เหตุผลว่าเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายเนื่องจากไม่ได้มีพฤติการณ์ที่สามารถประเมินได้เลยว่าผู้รับทุนมีเจตนาในการเลิกสัญญา ในทางกลับกันกลับทำตามสัญญาด้วยการขอเข้ารับราชการแล้ว หากผู้รับทุนไม่มีคุณสมบัติในการเข้ารับราชการ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องของการชำระหนี้ที่พ้นวิสัยมากกว่า

[214] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.273/2550

Ref. code: 25595601032187GRS

ว่าผู้รับจ้างไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จ ซึ่งศาลปกครองจะเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจในการเลิกสัญญาดังกล่าวด้วย[215] และในกรณีที่เป็นการตกลงกับเอกชนเพื่อเลิกสัญญา จะต้องเป็นการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์ราชการหรือแก้ไขข้อเสียเปรียบของราชการเท่านั้น นอกจากนั้น ข้อ 138 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ยังกำหนดให้ส่วนราชการฝ่ายปกครองใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าปรับ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และค่าปรับจะเกินกว่าร้อยละ 10 ของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง เว้นแต่คู่สัญญาจะยอมเสียค่าปรับให้ฝ่ายปกครองโดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งในกรณีนี้หัวหน้าส่วนราชการก็จะผ่อนปรนการใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไป เมื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งมาตรา 130 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจในการเลิกสัญญาได้ในกรณีที่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนด เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานได้ในระยะเวลาที่กำหนด หรือเหตุอื่นใดตามสัญญาและระเบียบที่รัฐมนตรีกระทรวงการคลังกำหนด และบังคับว่าหากเป็นกรณีที่เป็นการเลิกสัญญาโดยการตกลงกัน ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาเลิกสัญญานั้นทำได้เพียงเฉพาะเพื่อหน่วยงานของรัฐหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

การเลิกสัญญาทางปกครอง จะมีผลให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยอนุโลมนำมาตรา 391 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ ซึ่งหากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่อาจกระทำได้ หรือการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ แต่กลับก่อแต่ความเสียหาย ก็ต้องมีการชดใช้เป็นเงินแทน[216] เช่น เมื่อมีการส่งมอบงานบางส่วนด้วยการขุดสระเสร็จสมบูรณ์จำนวน 12 สระจาก 30 สระตามสัญญาแล้ว แล้วมีการเลิกสัญญา การกลับคืนสู่ฐานะเดิมย่อมจะต้องมีการใช้ราคาตามสัญญา[217] แต่ถ้าหากงานที่ทำไปแล้วนั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ฝ่ายปกครอง เมื่อเลิกสัญญาแล้ว ในการกลับคืนสู่ฐานะเดิม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่ควรได้รับค่าจ้างเช่นกัน[218]

- การแก้ไขสัญญาทางปกครอง

---

[215] ศาลปกครองสูงสุดเข้ามาตรวจสอบว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้รับจ้างไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จหรือไม่ ซึ่งหากเป็นการเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิ ฝ่ายปกครองก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.371/2549 มีพฤติการณ์การส่งมอบงานล่าช้าหลายงวด และมีการเร่งรัดจากฝ่ายปกครองแล้ว, หรือ อ.273/2550 เวลาตามสัญญาเหลือไม่ถึงหนึ่งในสี่ของระยะเวลาทั้งหมดและคู่สัญญาเองก็พักงานโดยไม่มีเหตุ ย่อมถือว่าฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญา

[216] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 145/2551 และ อ.293/2558

[217] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 714/2557

[218] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 216/2557

Ref. code: 25595601032187GRS

ในสัญญาทางปกครองการแก้ไขสัญญาอาจเกิดขึ้นในสองกรณีคือ (1) คู่สัญญาตกลงกันแก้ไขสัญญา และ (2) ฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาหรือกฎหมาย

สำหรับการแก้ไขสัญญาโดยตกลงกัน เมื่อตกลงแก้ไขสัญญากันแล้วตามหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญาย่อมต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่แก้ไขใหม่ ไม่ใช่ข้อสัญญาเดิม[219] และโดยหลักแล้วการตกลงเพิ่มเติมในสัญญาทางปกครองจะไม่ต้องทำเป็นหนังสือ[220] แต่หากเป็นการแก้สัญญาที่อยู่ใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ ก็ต้องทำตามขั้นตอนกระบวนการแก้ไขสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด[221] ไม่เช่นนั้นการแก้ไขสัญญาดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย[222]

ก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาจะเป็นไปตามข้อ 136 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กล่าวคือ โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญามิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นการจำเป็น และจะต้องไม่ทำให้ราชการเสียประโยชน์ หรือ เป็นการแก้ไขเพื่อผลประโยชน์ของทางราชการ และหากมีการเพิ่มวงเงิน จะต้องทำตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณด้วย และในกรณีที่เป็นการแก้ไขงานที่มีข้อจำกัดทางเทคนิคจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต้องมีการรับรองเฉพาะจากผู้เชี่ยวชาญด้วย อย่างไรก็ดีการฝ่าฝืนระเบียบภายใน เช่นเป็นการแก้ไขสัญญาแล้วทำให้เสียเปรียบ ก็ไม่สามารถยกการกระทำที่ขัดระเบียบขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้ เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้น มีสถานะเป็นเพียงระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง การฝ่าฝืนจึงส่งผลต่างกับการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ อย่างมีนัยยะสำคัญ

โดยในทางปฏิบัตินั้น การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองต้องมีการเจรจาเบื้องต้น และจะต้องมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจแก้ไขสัญญา ประเด็นที่มีการแก้ไขนั้นต้องจำเป็นและทำให้ส่วน

---

[219] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 64/2549

[220] มติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 3/2546 วันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2546 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 วินิจฉัยว่า การแก้ไขสัญญาทางปกครอง สามารถทำเป็นวาจาได้

[221] ในกรณีของสัญญาร่วมทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอเหตุผลและความจำเป็นในการแก้ไขสัญญา ต่อคณะกรรมการกำกับดูแล และหากเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญา (ซึ่งลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนที่เป็นสาระสำคัญนั้นเป็นไปตามประกาศของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามมาตรา 47) หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องส่งร่างสัญญาที่แก้ไขให้กับสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อตรวจร่างสัญญาและส่งให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติอีกครั้งหนึ่ง

[222] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549 และ อ.424/2549 ในคดี “ไอทีวี”

Ref. code: 25595601032187GRS

ราชการได้ประโยชน์หรือไม่เสียประโยชน์[223] โดยจะต้องคำนึงถึง ความเป็นธรรมแก่ผู้เสนอราคารายอื่น[224] ราคาตามสัญญา ส่วนแบ่งรายได้กรณีสัญญาสัมปทานหรือร่วมทุน เจตนารมณ์ของสัญญา การลดภาระหน้าที่หรือความรับผิดของคู่สัญญา และการแก้ไขสัญญานั้นจะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาจนเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของสัญญาหรือคู่สัญญาใหม่[225] ในทำนองเดียวกับการทำสัญญาขึ้นใหม่ ซึ่งการแก้ไขสัญญาโดยเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญาดังกล่าวถือเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย[226] ทั้งนี้การแก้ไขสัญญาเพิ่มเติมให้แตกต่างจากเงื่อนไขที่กำหนดในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในเรื่องการใช้สัญญาปรับราคา อาจกระทำได้เนื่องจากไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา[227]

ส่วนประเด็นที่ว่าการพิจารณาว่าส่วนราชการได้รับประโยชน์หรือไม่ ในประเด็นส่วนแบ่งรายได้ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่บ้าง ว่าดุลยพินิจในการแก้ไขสัญญาควรมีกรอบอยู่ที่ไหนจึงจะบอกได้ว่าส่วนราชการ “ได้ประโยชน์” เช่น การลดส่วนแบ่งรายได้ที่ส่วนราชการควรได้รับลงเพื่อความอยู่รอดของธุรกิจโดยรวมจะสามารถทำได้หรือไม่ และไม่สามารถจำแนกได้ว่าถือเป็นการที่ส่วนราชการ “เสียประโยชน์” หรือ “ได้ประโยชน์” เพราะไม่มีใครสามารถทำนายล่วงหน้าได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อหาความสมดุลในการบริหารสัญญา ลักษณะนี้จึงแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาประเด็นต่างๆที่ไม่ใช่แค่ตัวเลขทางการเงินประกอบการใช้ดุลยพินิจในการแก้สัญญาจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ และข้อความคิดในการตรวจสอบดุลยพินิจในการแก้ไขสัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้นยังไม่กระจ่าง เนื่องจากผู้ตรวจสอบดุลยพินิจในการแก้ไขสัญญาย่อมพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดผลแล้ว ไม่ได้พิจารณาจากสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้มีอำนาจตัดสินใจในเวลานั้น

---

[223] หลักเกณฑ์นี้ยังคงมีความเป็นอัตวิสัยสูง และยังไม่ชัดเจนว่าศาลปกครองจะควบคุมการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้มากน้อยเพียงใด ซึ่งศาลปกครองและสำนักงานอัยการสูงสุดอาจมีคำวินิจฉัยที่ต่างกันได้

[224] คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดข้อหารือที่ 1/2535 การแก้ไขข้อตกลงต้องคำนึงถึงความถูกต้องเป็นธรรมแก่ผู้เสนอราคาแข่งขันรายอื่นประกอบด้วย

[225] การเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างก่อสร้างโดยให้ผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาผูกพันตามสัญญาแทนรายเดิม ถือเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยผู้รับจ้างรายเดิมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา เมื่อผู้รับจ้างรายใหม่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนประกวดราคาคัดเลือกแบบรายเดิม การแก้ไขสัญญาแบบนี้ย่อมไม่อาจกระทำได้ ส่วนการแก้ไขสัญญาโดยการเพิ่มผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาสมทบกับผู้รับจ้างรายเดิม หากส่วนราชการเห็นว่าจะไม่เสียประโยชน์ก็ย่อมกระทำได้โดยการแก้ไขสัญญา (คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดข้อหารือที่ 183/2541) ทำนองเดียวกับความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 293/2550 ที่ว่าการแก้ไขสัญญาที่เป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาถือเป็นการทำสัญญาสัมปทานใหม่ ถือเป็นการทำสัญญาที่ขัดกับพระราชบัญญัติให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ

[226] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551

[227] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ 64/2549

Ref. code: 25595601032187GRS

นอกจากนั้นในทางปฏิบัติ การแก้ไขสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาทำงานเพิ่มด้วยการตกลงกัน จะต้องเกี่ยวข้องกับงานก่อสร้างเดิมด้วย ซึ่งหากงานเพิ่มนั้นไม่เกี่ยวข้องกับงานเดิม ฝ่ายปกครองจะต้องใช้การของบประมาณใหม่ ไม่ใช่การของบประมาณเพิ่มเติม และจะต้องเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่

หลังจากที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ หลักเกณฑ์ในเรื่องการแก้สัญญาเป็นไปตาม มาตรา 97 กล่าวคือสัญญาที่ลงนามไปแล้วจะทำการแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่เป็นการแก้ไขหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองได้ส่งสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบย้อนหลัง แล้วสำนักงานอัยการสูงสุดมีความเห็นให้แก้ไขสัญญา หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญา ซึ่งจะไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หรือกรณีอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ยังกำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองเพิ่มเติม ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่จะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุม พอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน ซึ่งจะต้องมีการปฏิบัติตามมาตรา 93 วรรคสี่ ซึ่งหากฝ่ายปกครองและคู่สัญญาไม่ตกลงยินยอมแก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด มาตรา 93 วรรคห้าให้ถือว่าข้อสัญญาซึ่งไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นถือว่าเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทยที่มีการบัญญัติถึงผลของการแก้ไขสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

พระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดให้การแก้ไขสัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย และหากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงานก็ให้ตกลงพร้อมกันไป ซึ่งถ้าเป็นการแก้ไขสัญญาที่เพิ่มวงเงินจะมีผลทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเปลี่ยนตัวไป ก็จะต้องดำเนินการให้ผู้มีอำนาจอนุมัติดังกล่าวเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วย

- เรื่องระยะเวลา ค่าปรับ และการริบหลักประกันในสัญญาทางปกครอง

โดยหลักแล้วเรื่องระยะเวลาและเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครองนั้นเป็นไปตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามปัญหาเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาตามสัญญานั้นมักจะเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการขยายระยะเวลาของสัญญา ซึ่งจะมีข้อพิพาทต่อเนื่องมาถึง การผิดนัดชำระหนี้การผิดสัญญา การเลิกสัญญา และการคำนวณค่าปรับ ซึ่งการอนุญาตให้ขยายระยะเวลาหรือไม่ของฝ่ายปกครอง ก็อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองเช่นกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.165/2550)

Ref. code: 25595601032187GRS

ก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ปกติแล้วฝ่ายปกครองจะใช้ดุลยพินิจในการขยายระยะเวลาและการคำนวณค่าปรับภายใต้ระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง เช่น ข้อ 139 ของระเบียบพัสดุ ในเรื่องของการลด งด ค่าปรับ กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการ[228] เหตุสุดวิสัย หรือ เหตุเกิดจากพฤติการณ์ที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย และการคิดค่าปรับต้องคิดตามที่กำหนดในระเบียบ หากคิดค่าปรับเกินอัตราถือว่าเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.411/2550)

ส่วนการใช้ดุลยพินิจในการริบหลักประกันสัญญาเป็นไปตามระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเช่นกัน คือจะต้องริบในกรณีที่ความชำรุดบกพร่องนั้นเกิดขึ้นในระยะเวลารับประกันความชำรุดบกพร่อง[229] ส่วนการคืนหลักประกันซองในกรณีที่เป็นการประกันการเสนอราคาของเอกชนว่าจะไม่ทำผิดข้อตกลงเบื้องต้นในเอกสารประกวดราคา ซึ่งต้องคืนตั้งแต่วันที่พ้นกำหนดการยืนราคา[230]

หลังจากที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ หลักเกณฑ์ในการ งดหรือลดค่าปรับและการขยายระยะเวลาเป็นไปตามมาตรา 102 คือให้อยู่ในดุลยพินิจของผู้มีอำนาจพิจารณาตามจำนวนวันที่เกิดเหตุขึ้นจริง ในกรณีที่เหตุเกิดจากความบกพร่องของฝ่ายรัฐเอง เกิดเหตุสุดวิสัย หรือเหตุเกิดจากพฤติการณ์ที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิด และให้หลักเกณฑ์และวิธีการเป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกระทรวงการคลังกำหนดต่อไป

กรณีที่ยังเป็นปัญหาว่าจะมีการปรับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนมากน้อยเพียงใดกับสัญญาทางปกครอง คือ ปัญหาที่ว่าการปรับใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ กับสัญญาทางปกครองนั้นจะสามารถทำได้หรือไม่ ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดได้มี แนวคำวินิจฉัยแตกต่างออกไปอย่างชัดเจนในสองลักษณะคือปรับใช้และไม่ปรับใช้ อย่างไรก็ตาม โภคิน พลกุล ซึ่งเป็นผู้มีอิทธิพลอย่างสูงต่อข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ได้มีความเห็นในแนวที่ว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ นั้นไม่ปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง โดยมีเหตุผลเบื้องหลังคือ สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีลักษณะที่แสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันอยู่แล้ว ความเห็นนี้มีอิทธิพลกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลายคดี[231] อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งปรับใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.356/2551 อ.13/2554 อ.91/2554 และ อ. 255/2555 โดยเฉพาะในเรื่องของระยะเวลา เบี้ยปรับในสัญญารับทุน ซึ่งสอดคล้องกับความคิดของนักกฎหมายฝั่งที่ได้รับ

---

[228] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.79/2548 อ. 111/2549 อ. 226/2550 และ อ.13/2551 ซึ่งมีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งวางหลักว่าหากเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างแก้ไขได้ ย่อมไม่ถือว่าการส่งมอบงานล่าช้าเกิดจากความผิดของผู้ว่าจ้างฝ่ายปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2550

[229] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.177/2550

[230] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.173/2552

[231] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.324/2553 อ.145/2554 อ.116/2555 อ.880/2556 อ.418/2557 และ อ.498/2558

Ref. code: 25595601032187GRS

อิทธิพลจากเยอรมัน ที่มีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่ได้แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเหนือเอกชน อย่างไรก็ตามใน คำพิพากษาล่าสุดในปี 2558 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.108/2558) นั้นมีการตัดสินไปถึงเนื้อคดี กล่าวคือแม้ว่าจะตัดสินว่าสัญญาที่พิพาทไม่ขัดกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ แต่ก็เป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองนำหลักในพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯมาพิจารณากับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นเรื่องที่เหมาะสม เนื่องจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยบางชนิดนั้นมีความใกล้เคียงในสาระสำคัญกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนเป็นอย่างมาก จึงสมควรอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

4.3.2. หลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง: เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

4.3.2.1 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกำกับสัญญา

(1) อำนาจในการควบคุม

อำนาจของฝ่ายปกครองในการควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ปฏิบัติตามสัญญาในระบบกฎหมายไทย ปรากฏทั้งในตัวข้อสัญญานั้นๆเอง ซึ่งอาจมีที่มาจากข้อสัญญามาตรฐาน และยังมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมและกำกับบริการสาธารณะเป็นการทั่วไป เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานปี พ.ศ. 2473[232]

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวในการควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปรากฏในหลายลักษณะ เช่น การที่มีผู้ควบคุมงานจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองควบคุมงานอย่างใกล้ชิด[233] หรือการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งระงับการก่อสร้างได้[234] และสามารถสั่งพักงานได้หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากมีข้อสัญญากำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งหยุดงานชั่วคราว เนื่องจากผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างให้แก้ไขงาน และกำหนดให้ที่ผู้รับจ้างไม่อาจอ้างความล่าช้าเนื่องจากการหยุดกิจการดังกล่าวมาใช้ขอขยายวันทำการตามสัญญาได้ กรณีนี้ผู้รับจ้างก็จะไม่สามารถเรียกร้องขอค่าดำเนินการเพิ่มขึ้นจากการเร่งทำงานอันเนื่องจากความล่าช้าที่เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองสั่งให้หยุดงานได้[235]

---

[232] ซึ่งให้อำนาจกรมทางหลวงในการตรวจตราแลทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน นอกจากนั้นยังบัญญัติห้ามไม่ให้ผู้รับสัมปทานโอน ให้เช่า หรือ ก่อภาระบนทางหลวง อ้างใน วิษณุ วรัญญู, “การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 มกราคม-เมษายน 2547 น. 90

[233] อย่างไรก็ตามแม้จะมีผู้ควบคุมงานจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองควบคุมงานอย่างใกล้ชิดทุกขั้นตอนและมิได้โต้แย้งการทำงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้หมายความว่าเอกชนคู่สัญญาจะไม่ต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดการก่อสร้างที่ไม่เป็นไปตามสัญญา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 499/2557)

[234] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.165/2550

[235] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.242/2551

Ref. code: 25595601032187GRS

นอกจากนั้นฝ่ายปกครองยังอาจสั่งชะลอการก่อสร้างได้ ซึ่งเป็นการสั่งให้ทำงานช้าลงโดยไม่ได้หยุดงาน ซึ่งหากฝ่ายปกครองสั่งชะลอการก่อสร้าง แต่กลับไม่ขยายระยะเวลาก่อสร้างตามสัญญาออกไป เอกชนคู่สัญญาจะต้องทำการโต้แย้งกับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ไม่เช่นนั้น ฝ่ายเอกชนไม่อาจเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองแบ่งเบาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหากส่งมอบงานล่าช้าได้[236]

ปัญหาในทางปฏิบัติที่มักจะเกิดขึ้นจึงเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการพักงานหรือการแก้ไขงาน แล้วทำให้คู่สัญญาเอกชนนั้นผิดสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องของระยะเวลาส่งมอบงาน หรือ แม้แต่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความรับผิดทางละเมิดตามมา[237]

(2) อำนาจการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่เคารพหน้าที่ตามสัญญาโดยไม่จำต้องร้องขอต่อศาล ถือเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาอันเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งไม่ปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจค่อนข้างกว้างนั้นเพื่อเป็นการประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะในกรณีที่เกิดการผิดสัญญาขึ้นนั่นเอง ซึ่งระบบกฎหมายไทยได้รับแนวคิดมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามจากการสำรวจตรวจสอบคำพิพากษา พบว่าระบบกฎหมายไทยยังไม่มีความชัดเจน ดังนี้

(i) การสั่งปรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งปรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลยโดยไม่ต้องรอคำพิพากษาของศาลซึ่งปรากฏในลักษณะของการบังคับการฝ่ายเดียว ส่วนในทางปฏิบัติในระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อค่าปรับมีจำนวนสูงขึ้นถึงร้อยละ 10 ของราคาตามสัญญาฝ่ายปกครองก็จะใช้สิทธิเลิกสัญญา และมีคำสั่งให้เอกชนชำระค่าปรับซึ่งมักจะเป็นคดีโต้แย้งขึ้นสู่ศาลหลังจากเลิกสัญญาแล้ว

(ii) การสั่งให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหาย ในระบบกฎหมายไทยนั้น มักจะสั่งให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หลังจากเอกชนผิดสัญญาโดยมักจะเลิกสัญญาก่อน และหากมีความเสียหายระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาจะใช้รูปแบบของการหักเงินประกันการปฏิบัติตามสัญญา มากกว่าการสั่งให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหาย

(iii) การจัดหาบุคคลอื่นเข้ามาทำแทนโดยให้เอกชนคู่สัญญาเป็นคนออกค่าใช้จ่าย ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองไทยมักจะบอกเลิกสัญญาก่อน แล้วก็เอาไปรวมในค่าเสียหายหลังเลิกสัญญา[238] โดยเอกชนต้องรับผิดเต็มจำนวน[239]

---

[236] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 672/2557

[237] เช่น ตัวอย่างในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 351/2556 ซึ่งฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการตรวจการจ้างและผู้ควบคุมงาน ใช้ดุลยพินิจเปลี่ยนแปลงงานที่จ้าง แต่การเปลี่ยนแปลงนั้นไม่ถูกต้องตามสัญญาและไม่ตรงกับรายละเอียดจ้างเหมาเดิมจนก่อให้เกิดการพังของสะพานและความเสียหาย เช่นนี้คณะกรรมการตรวจการจ้างและผู้ควบคุมงานถือว่ามีส่วนผิดด้วย

[238] ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.806/2557

[239] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.323/2549

Ref. code: 25595601032187GRS

(iv) การบอกเลิกสัญญา ซึ่งกรณีนี้แม้จะถือเป็นการลงโทษคู่สัญญารูปแบบหนึ่ง แต่ก็ไม่นับเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเนื่องจากเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา ในระบบกฎหมายไทยปรากฏในกรณีของ “การเพิกถอนสัมปทาน” จากกรณีที่เอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา หรือตามหลักเกณฑ์ในเรื่องใบอนุญาต หรือประกาศต่างๆของฝ่ายปกครองซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานเอาไว้

ฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษคู่สัญญาในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายปกครองแม้ว่า ข้อสัญญาจะไม่ได้ระบุไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจลงโทษคู่สัญญาทุกประเภทจะต้องมีการแจ้งเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาก่อน และการใช้อำนาจเหล่านี้อยู่ในการควบคุมของศาลในส่วนของการโต้แย้งสิทธิตามสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แต่ไม่ใช่วัตถุของการตรวจสอบในคดีที่ขอให้ศาลเพิกถอนการะทำทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

นอกจากนั้นในระบบกฎหมายไทยยังปรากฏ “การสั่งเป็นผู้ทิ้งงาน” ที่แม้จะไม่ใช่การลงโทษคู่สัญญาในทางทฤษฎี แต่เป็นการลงโทษไปโดยปริยายในทางปฏิบัติ เนื่องจากผู้มีรายชื่อเป็นผู้ทิ้งงาน นั้นไม่สามารถเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้ โดยการสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงานนั้นอันมีสาเหตุเนื่องมาจาก การที่เอกชนไม่เข้าทำสัญญา[240] ไม่ดำเนินงานตามแผนก่อสร้างทั้งๆที่ฝ่ายปกครองมีหนังสือเร่งรัดแล้วหลายครั้ง[241] การสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวงฉบับที่ 12 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งจะต้องแจ้งสิทธิอุทธรณ์[242] และถือเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง การสั่งเป็นผู้ทิ้งงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้ว่าจ้างมีส่วนให้เกิดความล่าช้าและข้อเท็จจริงไม่ได้ยุติว่าการที่งานไม่เสร็จเป็นความผิดของผู้รับจ้างฝ่ายเดียว เป็นต้น[243]

4.3.2.2 การฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินในสัญญา

ในระบบกฎหมายไทยเองก็มีแนวคิดในการรักษาดุลยภาพทางการเงินระหว่างคู่สัญญา โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักบริการสาธารณะ ซึ่งได้รับอิทธิพลโดยตรงจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามการปรับใช้ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครองต่างๆ ที่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อันได้แก่ ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และ ทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันนั้นยังไม่ปรากฏชัดเจนจนถึงขั้นที่ยอมรับให้หลักการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ก็ปรากฏร่องรอยของคำพิพากษาที่ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีเหล่านี้อยู่ไม่น้อย ในส่วนนี้จะทำการสำรวจตรวจสอบการปรับใช้ทฤษฎีต่างๆในระบบกฎหมายไทย ดังนี้

---

[240] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 251/2553

[241] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.409-410/2553 และ อ.683/2554

[242] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.23/2554

[243] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2553

Ref. code: 25595601032187GRS

(1) การปรับใช้ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ (l'imprévision) ในระบบกฎหมายไทย เอกชนมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือในรูปแบบค่าทดแทนจากฝ่ายปกครอง เมื่อเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ โดยมีเหตุผลเบื้องหลังคือ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ซึ่งอาจจะต้องเสียไปหากรัฐปล่อยให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้แต่เพียงฝ่ายเดียวจนต้องล้มละลายไป ดังนั้นการปรับใช้ทฤษฎีนี้จึงต้องเป็นการปรับใช้กับสัญญาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับบริการสาธารณะสูง สำหรับการปรับใช้ทฤษฎีนี้ในระบบกฎหมายไทยนั้น ไม่ปรากฏว่าศาลปกครองปรับใช้ทฤษฎีนี้โดยตรงในฐานะกฎหมายทั่วไป[244] แต่ปรากฏการปรับใช้ในลักษณะของการพยุงไม่ให้เอกชนคู่สัญญาต้องล้มละลาย ผ่านทางการช่วยเหลือของฝ่ายบริหารในการออกมติคณะรัฐมนตรี[245] ให้นำสัญญาที่ปรับราคาได้มาใช้บังคับกับสัญญาจ้างก่อสร้างเป็นการย้อนหลัง เพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้ประกอบการที่ได้รับความเดือดร้อนจากการเปลี่ยนแปลงราคาวัสดุก่อสร้างอย่างรุนแรงจากภาวะวิกฤติเศรษฐกิจและการประกาศลอยตัวค่าเงินบาท ซึ่งจะต้องเป็นไปเงื่อนไขที่มิติคณะรัฐมนตรีกำหนด และจะต้องมีการกำหนดสูตรไว้ในข้อสัญญา อย่างไรก็ตามเคยมีกรณีที่ศาลปกครองเคยปรับราคาตามสัญญาให้แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดสูตรคำนวณในสัญญาหรือคำนวณสูตรผิดพลาดก็ตาม[246]

(2) การปรับใช้ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Fait du prince) ในระบบกฎหมายไทย ซึ่งได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เมื่อเอกชนได้รับความเสียหายหรือภาระเพิ่มขึ้นจากการกระทำอื่นๆที่ไม่ใช่การใช้สิทธิตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ได้แก่การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทยมีตัวอย่างเช่น ในกรณีของสัญญาสัมปทานป่าไม้ชายเลน ที่ฝ่ายปกครองกลับมีคำสั่งให้ผู้รับสัมปทานระงับการทำไม้ ซึ่งหากเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีเหตุผลอันควรจะเข้ากรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ซึ่งจะต้องมีการใช้ค่าทดแทน[247]แต่ถ้าหากเป็นการออกคำสั่งโดยไม่มีเหตุผลอันควร ก็อาจทำให้หน่วยงานทางปกครองผิดสัญญาทางปกครองได้

(3) การปรับใช้ทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายไทย โดยหลักแล้วการปรับใช้ทฤษฎีจะเกิดขึ้นในกรณีของสัญญาก่อสร้าง ซึ่งปรากฏตัวอย่างในระบบกฎหมายไทยไม่มากนัก ได้แก่ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 12/2524 ที่คู่สัญญาไม่ทราบว่าบริเวณที่ก่อสร้างมีปัญหาเรื่องการรับน้ำหนักของดินต่างจากพื้นที่บริเวณอื่นในกรุงเทพมหานคร เป็นพิเศษ ทำให้การกำหนดความยาวของเสาเข็มผิดพลาด เมื่อเอกชนต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมจากการเพิ่มความยาวเสาเข็ม ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าทดแทนเพื่อค่าใช้จ่ายนั้น

4.3.2.3 การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครอง

---

[244] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 13, น.140

[245] หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร. 0203/ว. 109 ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2532 และ นร 0205/ว. 70 ลงวันที่ 10 เมษายน 2541

[246] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.5/2545

[247] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.85/2549 324/2549 และ 374/2549

Ref. code: 25595601032187GRS

(1) การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย มีพื้นฐานมาจากหลักบริการสาธารณะซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองสามารถเข้ามาแก้ไขสัญญาเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้ทันสมัยอยู่เสมอได้

ในระบบกฎหมายไทย ที่มาของอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นมีที่มาจากทั้งในข้อสัญญามาตรฐาน[248] และบทบัญญัติของกฎหมาย[249] การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวปรากฏในลักษณะ เช่น การที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเงื่อนไขใดๆที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน และหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามย่อมมีโทษปรับได้ โดยที่รัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย[250] หรืออาจปรากฏในลักษณะของการสั่งให้ทำงานเพิ่มเติม โดยถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยค่าทำงานพิเศษนั้น[251] ซึ่งการสั่งให้ทำงานเพิ่มเติม ฝ่าย

---

[248] เช่น ในแบบสัญญาจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในข้อ 16 กำหนดให้ผู้ว่าจ้างสามารถสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ หากอยู่ในขอบเขตทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา และยังมีสิทธิในการสั่งให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญาด้วย เป็นการแสดงถึงเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในรูปแบบของข้อสัญญา

[249] ตัวอย่างเช่น มาตรา 68 ทวิของพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484,มาตรา 9 ตรีพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ประกาศคณะปฏิวัติที่ 58 ข้อ 7 ซึ่งส่งผลให้มีการออกประกาศกระทรวงที่ให้สิทธิคู่สัญญาตามมา เช่น ประกาศกระทรวงคมนาคมกำหนดเงื่อนไขการอนุญาตและประกอบกิจการท่าเรือ ข้อ 6, มาตรา 29 ของพระราชบัญญัติประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522, มาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535, มาตรา 22 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 50 ของพระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันและเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542, มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 มาตรา 53 ของพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย, มาตรา 31 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเหตุผลเพื่อความจำเป็น หรือความปลอดภัยของผู้ใช้บริการระบบ มีข้อสังเกตว่ากฎหมายไทยยังยอมรับหลักเรื่องการยึดเป็นทรัพย์สินของรัฐ (nationalization) ไว้ซึ่งเป็นแนวคิดที่ล้าสมัยและเป็นอุปสรรคในการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ในมาตรา 22 และ 23 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน

[250] ประกาศคณะปฏิวัติที่ 58 ข้อ 7 ซึ่งหากกฎหมายในลักษณะนี้ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศสย่อมมีข้อพิจารณาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้สัดส่วน กล่าวคือไม่มีการชดเชยค่าทดแทนใดๆให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

[251] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 1622/2545

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครองสามารถสั่งการด้วยวาจาก็ได้ ซึ่งถือเป็นการแก้ไขสัญญาด้วยการตกลงเพิ่มเติมอย่างหนึ่ง[252] อย่างไรก็ตามการสั่งให้ทำงานเพิ่มเติมต้องอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา และฝ่ายปกครองผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ในการจ่ายค่าจ้างที่เพิ่มเติมนั้น[253] และต้องขยายระยะเวลาการทำงานให้แก่ผู้รับจ้าง[254] นอกจากนั้นยังปรากฏในลักษณะของการสั่งให้เปลี่ยนแบบของการก่อสร้าง[255] หรือ การแก้ไขวิธีการคำนวณผลประโยชน์ตอบแทนในสัญญาฝ่ายเดียว[256] อีกด้วย

อย่างไรก็ตามการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยก็มีข้อจำกัด กล่าวคือจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อเจตนาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันไว้ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียไป โดยต้องคำนึงถึงดุลยภาพทางการเงินในสัญญาและความเป็นธรรมด้วย[257] ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างชัดเจน

---

[252] เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 ไม่ได้กำหนดให้สัญญาจ้างทำของต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้นการสั่งให้ทำงานพิเศษจึงมีผลผูกพันคู่สัญญา แม้จะไม่ได้เป็นการทำตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการสมยอมกันระหว่างผู้แทนหน่วยงานของรัฐและผู้รับจ้าง หรือผู้รับจ้างต้องการหลีกเลี่ยงการประกวดราคา และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบลดังกล่าวก็เป็นเพียงระเบียบขั้นตอนปฏิบัติภายในหน่วยงานเท่านั้น องค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่อาจนำการปฏิบัติตามระเบียบฯมาเป็นเหตุผลปฏิเสธความรับผิดได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547) ซึ่งแตกต่างกับแนวที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 355/2550 วางไว้ว่าข้อตกลงที่ขัดต่อระเบียบพัสดุในเรื่องอัตราค่าปรับในสัญญาเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แสดงให้เห็นว่า ค่าบังคับของระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุในแต่ละข้อนั้นมีสถานะไม่เท่ากัน ซึ่งเป็นวางหลักไม่เป็นระบบ อย่างไรก็ตามหลักนี้ได้รับการยืนยันอีกครั้งในปี 2552 ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.169/2552 ว่าข้อ 129 ระเบียบของกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ที่ว่าห้ามมิให้แก้ไขข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้ลงนามไว้แล้วเว้นแต่ความจำเป็นแก่หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นเพียงระเบียบภายในที่ไม่อาจยกขึ้นเพื่อปฏิเสธความรับผิดกับบุคคลภายนอกได้

[253] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 117/2557

[254] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.247/2551

[255] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที อ.672/2557 ฝ่ายปกครองสั่งให้มีการใช้ท่อที่มีความลึกมากขึ้น ฝ่ายปกครองต้องจ่ายเงินทดแทนค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น จากที่ได้ตกลงกันไว้เดิม

[256] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 886/2557

[257] เป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางไว้ใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2554 ดังนั้นการแก้สัญญาโดยตัดค่างานโดยเอกชนไม่ยินยอมจึงไม่ผูกพันเอกชนคู่สัญญา เป็นคำ

Ref. code: 25595601032187GRS

(2) การใช้อำนาจเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว เป็นหลักที่ขยายมาจากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายหรือข้อสัญญาให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนหรือเลิกสัญญาได้ก่อนกำหนด โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ทำผิดสัญญา ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 (คดีท่าเทียบเรือตำมะลัง) ได้วางหลักไว้ว่า อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย[258] ให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นอกจากนั้นศาลปกครองสูงสุดยังให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาไม่ได้ผิดสัญญา ในกรณีที่บริการสาธารณะที่หน่วยงานทางปกครองได้มอบหมายให้เอกชนนั้นไม่มีอยู่แล้ว[259] ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการปรับใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้อย่างชัดเจน

4.4 สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากระบบกฎหมายไทยจัดอยู่ในสกุลกฎหมายระบบซีวิลลอว์ ดังนั้นรากฐานของหลักกฎหมายในเรื่องสัญญานั้นจึงมีที่มาจากทฤษฎีนิติกรรม เมื่อสัญญามีลักษณะของนิติกรรม

พิพากษาที่แสดงให้เห็นข้อจำกัดในการแก้ไขสัญญาโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวในเรื่องของจำนวนเงินในสัญญาในระบบกฎหมายไทย

[258] ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 ใช้คำว่า “ค่าเสียหาย” ซึ่งหากย้อนไปถึงระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นกำเนิดในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรใช้คำว่า “ค่าทดแทน” มากกว่าเนื่องจากฝ่ายปกครองนั้น ไม่ได้อยู่ในฐานะของผู้ที่ผิดสัญญา ในขณะที่ใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งจะต้องชดใช้ “ค่าเสียหาย” ให้อีกฝ่าย การใช้คำว่า “ค่าทดแทน” ที่ไม่ได้แสดงถึงการผิดสัญญาจึงสมเหตุสมผลมากกว่า

[259] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.150/2555 ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวเลิกสัญญาจ้างเอกชนให้เป็นพนักงานจ้างทั่วไปในตำแหน่งผู้ช่วยครูดูแลเด็กอนุบาลในศูนย์อบรมเด็กก่อนเกณฑ์ เนื่องจากศูนย์ดังกล่าวได้ถูกยุบเลิกลง ฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ค่าตอบแทนการออกจากงานโดยไม่มีความผิดด้วย

Ref. code: 25595601032187GRS

การศึกษาเรื่องสัญญาที่มีข้อบกพร่องหรือไม่สมบูรณ์[260] จึงเป็นในลักษณะเช่นเดียวกันกับ “นิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์” ซึ่งแม้นิติกรรมจะเกิดขึ้นแล้ว แต่กฎหมายไม่ยอมให้มีผลทางกฎหมายสมบูรณ์เต็มที่ หรืออาจไม่ให้มีผลเลย แล้วแต่กรณี

ในระบบกฎหมายเอกชนของไทย การที่สัญญาจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้หรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า สัญญาที่ทำขึ้นนั้นมีความสมบูรณ์ในสายตาของกฎหมายหรือไม่[261] โดยพิจารณาองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาว่ามีเหตุที่กฎหมายกำหนดให้นั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาตั้งแต่เรื่อง ความสามารถของคู่สัญญาว่ามีความบกพร่องหรือไม่ วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นต้องห้ามตามมาตรา 150 คือ มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และยังต้องพิจารณาว่าการทำคำเสนอและกระบวนการรับคำสนองมีความบกพร่องในกระบวนการแสดงเจตนาหรือไม่[262] และได้ทำคำเสนอสนองนั้นตรงกับเจตนาภายในหรือไม่ หากเป็นการแสดงเจตนาโดยซ่อนเร้นที่อีกฝ่ายรู้ เจตนาลวงโดยสมรู้กันทำนิติกรรมอำพราง หรือเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ และในท้ายที่สุดต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นมีกฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดแบบบังคับไว้ คู่สัญญาก็ต้องทำสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนด

เมื่อสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง การพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญา ย่อมมีข้อพิจารณาที่ซับซ้อนมากกว่าสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนปกติ แม้แต่ในกรณีที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนที่ใช้กฎหมายแพ่งบังคับก็ตาม การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนั้นอาจมีข้อบกพร่องเพิ่มเติมจากความบกพร่องที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือในเรื่องของอำนาจในการทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ข้อบกพร่องในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา

ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้นเกิดปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาเพิ่มเติมไปอีกว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องความบกพร่องของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนนั้นจะนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองมากน้อยเพียงใด เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีหลักเกณฑ์เฉพาะที่บังคับใช้กับสัญญาทางปกครอง

---

[260] “ความไม่สมบูรณ์” นี้ แตกต่างจาก “การไม่บริบูรณ์” ซึ่งการไม่บริบูรณ์เป็นกรณีที่สัญญาเกิดแล้ว แต่หนี้ตามสัญญายังไม่เกิด เนื่องจากยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน

[261] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 11 น. 344

[262] กล่าวคือมีเหตุทำให้การแสดงเจตนานั้นวิปริตไป เช่น เพราะกลฉ้อฉล การข่มขู่ การสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญ

Ref. code: 25595601032187GRS

ชนิดของสัญญา	เกณฑ์ในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญา	ผลของการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญา ต่อความสมบูรณ์ของสัญญา
1. สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนปกติ	หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะ หรือ โมฆียะ
2. สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน	หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ + ข้อพิจารณาเพิ่มเติมในเรื่องการแสดงเจตนาของหน่วยงานทางปกครอง และความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ตามกฎหมายและระเบียบภายในฝ่ายปกครอง เช่น ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุ	- โมฆะ หรือ โมฆียะ และ ยังไม่ชัดเจน (ในกรณีของการกำหนดข้อสัญญาฝ่าฝืนระเบียบพัสดุ) แต่โดยหลักแล้วการฝ่าฝืนระเบียบภายในฝ่ายปกครองไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา - กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นอาจมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาในทางอ้อม เนื่องจากการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอเป็นคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองอาจเพิกถอนได้
3. สัญญาทางปกครอง	หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง (อนุโลมหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพของเรื่อง) + ข้อพิจารณาเพิ่มเติมในเรื่องการแสดงเจตนาของหน่วยงานทางปกครอง และความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามกฎหมายและระเบียบภายในฝ่ายปกครอง	- ยังไม่ชัดเจน อาจเกิดทั้งกรณี โมฆะ โมฆียะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ ไม่มีผลผูกพันรัฐ (กรณีฝ่าฝืนพระราชบัญญัติให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ) - กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นอาจมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาในทางอ้อม

ในประเทศไทยงานที่ทำการศึกษาเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องหรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีน้อยมาก โดยเฉพาะผลของสัญญาทางปกครองที่มีความบกพร่อง นั้นจัดว่าเป็นปัญหาทางทฤษฎีที่มีความซับซ้อนเกี่ยวเนื่องกับระบบวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และยังไม่มีการวางหลักที่เป็นเอกภาพโดยศาลปกครองนัก ในระบบกฎหมายไทยมีการกำหนดผลของสัญญาที่มีข้อบกพร่องในหลายลักษณะตั้งแต่การอนุโลมหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ คือการให้สัญญาตกเป็นโมฆะ โมฆียะ ไปจนถึงการตัดสินว่าสัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่มีผลผูกพันรัฐ ซึ่งอาจส่งผลทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างมาก

ในส่วนนี้จึงจะทำการศึกษาถึง สาเหตุที่ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อบกพร่องและผลของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายไทย

Ref. code: 25595601032187GRS

4.4.1.สาเหตุที่ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อบกพร่อง

สาเหตุที่ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีข้อบกพร่อง สามารถแบ่งได้ในสองสาเหตุใหญ่คือ ความบกพร่องในทางรูปแบบขั้นตอน และความบกพร่องในทางเนื้อหา ดังนี้

4.4.1.1 ความบกพร่องในทางรูปแบบขั้นตอน แบ่งออกเป็น ความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา ซึ่งรวมถึงความบกพร่องในเรื่องอำนาจของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามทำสัญญา ความบกพร่องในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ความบกพร่องในเรื่องของแบบของสัญญา และความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) ความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา

ในกรณีของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจในการทำสัญญา กล่าวคือ หน่วยงานทางปกครองที่ทำสัญญานั้นจะต้องมีสถานะความเป็นนิติบุคคล[263] และจะต้องพิจารณาว่าการทำสัญญานั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจตามขอบวัตถุประสงค์ตามกฎหมายของหน่วยงานนั้นๆหรือไม่ ทั้งยังต้องพิจารณาถึงอำนาจและความสามารถของตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำการลงนามแทนหน่วยงานอีกด้วย โดยตัวเจ้าหน้าที่จะต้องมีอำนาจลงนามในสัญญา[264] และจะต้องมีความสามารถในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมในทำนองเดียวกันกับเอกชน[265] นอกจากนั้นยังต้องคำนึงถึงความเป็นกลาง การไม่มีส่วนได้เสีย หรือผลประโยชน์ขัดกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกับเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญาอีกด้วย

ในกรณีของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ก็จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีความสามารถในการมีสิทธิและใช้สิทธิในการทำนิติกรรมได้ตามกฎหมาย กล่าวคือบังคับใช้หลักเกณฑ์เดียวกับความสามารถในการเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งทุกประการ ซึ่งอนุโลมนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของ สภาพบุคคล และความสามารถ ทั้งในเรื่องผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต คนเสมือนไร้ความสามารถ

---

[263] ในระบบกฎหมายไทย สถานะความเป็นนิติบุคคลที่จะมีความสามารถในการทำสัญญานั้นไม่ได้อยู่ที่รัฐ และอยู่ที่ส่วนราชการ การทำสัญญาโดยหน่วยงานที่ไม่มีสถานะความเป็นนิติบุคคล จะส่งผลอย่างไรนั้นยังไม่มีข้อยุติเป็นเอกภาพ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าเคยมีทั้งกรณีที่ศาลตัดสินว่าทำให้สัญญาผูกพันกับตัวเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว และกรณีที่ศาลตัดสินว่าเป็นการทำแทนหรือทำในนาทของหน่วยงานเจ้าสังกัดที่มีสถานะความเป็นนิติบุคคล

[264] เช่นที่มีการกำหนดอำนาจในการจัดซื้อหรือสั่งจ้างของหัวหน้าส่วนราชการปลัดกระทรวง และรัฐมนตรีเอาไว้ ภายในวงเงินตามระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุ หรือ การที่กฎหมายหรือระเบียบภายในกำหนดให้การทำสัญญาต้องได้รับความยินยอมหรือการอนุมัติจากองค์กรอื่นก่อน เช่น คณะรัฐมนตรี เป็นต้น

[265] สามารถแสดงเจตนาที่ไม่วิปริต กล่าวคือเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ไม่เป็นผู้วิกลจริต หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

Ref. code: 25595601032187GRS

คนไร้ความสามารถมาบังคับใช้กับการพิจารณาความสามารถในการเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เป็นบุคคลธรรมดา ในกรณีของนิติบุคคล การพิจารณาสภาพบุคคล และขอบเขตวัตถุประสงค์[266] จะพิจารณาจากกฎหมายที่เป็นที่มาในการจัดตั้งนิติบุคคลนั้น และจะต้องมี “ผู้แทนนิติบุคคล” เป็นผู้กระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์และแสดงเจตนาในการเป็นคู่สัญญาในนามของนิติบุคคล ภายใต้ขอบเขตวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัดว่าหน่วยงานทางธุรกิจที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล เช่น กิจการร่วมค้า (joint venture) ชนิดที่ไม่จดทะเบียน การร่วมงาน (Consortium)[267] หรือห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน นั้นจะเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้หรือไม่ เนื่องจากกิจการร่วมค้าจะสามารถยื่นซองเข้าร่วมการประมูลได้ในนามของตน โดยถือว่าบริษัทในกิจการร่วมค้าเป็นคู่สัญญาทั้งหมด แต่เมื่อเกิดปัญหาในทางปฏิบัติจะถือว่าหุ้นส่วนหรือผู้ร่วมกิจการทุกคนเป็นคู่ความในคดีแทน

การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถในการทำสัญญาของคู่สัญญาย่อมทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีข้อบกพร่อง และส่งผลทางกฎหมายได้ในหลายกรณี ดังนี้

ในกรณีที่การทำสัญญานั้นไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจตามขอบวัตถุประสงค์ตามกฎหมายของหน่วยงานนั้น ในระบบกฎหมายไทยมีปัญหาในทางทฤษฎีว่าผลของสัญญาควรเป็นเช่นไร เนื่องจากศาลปกครองได้มีคำตัดสินที่ไม่เป็นเอกภาพ ตั้งแต่ สัญญานั้นไม่ผูกพันหน่วยงานของรัฐแต่ผูกพันเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวแทนและไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง กรณีนี้เกิดขึ้นได้น้อยเนื่องจากหน่วยงานมักมีกฎหมายให้อำนาจในการทำสัญญากว้างๆ และมีระเบียบภายในการทำสัญญาอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาในทางทฤษฎีว่าสัญญานั้นควรตกเป็นโมฆะเนื่องจากเป็นการทำสัญญาโดยที่หน่วยงานไม่มีอำนาจ หรือเป็นกรณีที่สัญญาไม่เคยเกิดขึ้นเลย[268]มากกว่า

ในกรณีที่มีความบกพร่องในเรื่องอำนาจและความสามารถของตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำการลงนาม อาจร้ายแรงถึงขั้นทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ซึ่งกรณีนี้เป็นกรณีที่หน่วยงานฝ่ายปกครองมีขอบอำนาจในการทำสัญญา แต่กลับเกิดความบกพร่องในส่วนของเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญาว่าปราศจากอำนาจ หรือแท้จริงแล้วด้วยสภาพของเรื่องเจ้าหน้าที่ไม่สามารถเลือกใช้เครื่องมือในรูปแบบสัญญาดำเนินการได้ หรือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสียในการทำสัญญา

---

[266] เช่นในกรณีของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขอบเขตวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเป็นไปตามหนังสือหนังสือบริคณห์สนธิตามมาตรา 1098

[267] ความแตกต่างระหว่าง Joint Venture กับ Consortium โปรดดู ปิยะดา สุจริตกุล และ มานิดา ซิมเมอร์แมน, “กิจการร่วมค้าในประเทศไทย : มุมมองจากนักลงทุนฝ่ายไทย,” รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์, (2536) น. 207-208.

[268] ทำนองเดียวกับเรื่องความไม่สมบูรณ์ของความสัมพันธ์ทางสัญญา (imperfection du lien contractual) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือยังไม่มีการแสดงเจตนาเกิดขึ้นเลย ไม่เกิดทั้งนิติกรรมและสัญญามาตั้งแต่แรก ซึ่งต่างกับสัญญาที่เป็นโมฆะ

Ref. code: 25595601032187GRS

กรณีที่เกิดความบกพร่องในเรื่อง “ตัวบุคคล” ซึ่งก็คือกรณีที่ความสามารถของเจ้าหน้าที่นั้นส่งผลทำให้การแสดงเจตนาของหน่วยงานผิดเพี้ยนไป เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นบุคคลวิกลจริตในขณะที่ลงนามทำสัญญา กรณีนี้จะมีผลทางกฎหมายต่อสัญญาของฝ่ายปกครองเช่นใดนั้น ยังไม่เคยมีปัญหาขึ้นสู่ศาล ซึ่งมีข้อควรพิจารณาว่า จะมีผลทางกฎหมายในทำนองเดียวกับที่เกิดความบกพร่องกับความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน กล่าวคือทำให้สัญญาเป็นโมฆียะหรือไม่

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาทางปกครอง โดยที่สภาพของเรื่องไม่อาจเลือกใช้เครื่องมือในรูปแบบสัญญาดำเนินการได้ สัญญาทางปกครองย่อมตกเป็นโมฆะ[269] เช่น ในกิจการตำรวจ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะทางด้านปกครองโดยแท้ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมที่รัฐสงวนไว้ ย่อมไม่อาจมีการมอบหมายด้วยการทำเป็นสัญญาได้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครองไป ย่อมทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะตามหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง[270]

กรณีที่เกิดความบกพร่องในเรื่อง “อำนาจของเจ้าหน้าที่” ในการเข้าทำสัญญา เช่น การกระทำเกินขอบอำนาจหรือปราศจากอำนาจ ซึ่งจะพิจารณาไม่ว่าจะเป็นในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ พื้นที่ที่มีอำนาจ ตำแหน่ง และตัวบุคคล ในทำนองที่ไม่แตกต่างกับคำสั่งทางปกครอง[271] อย่างไรก็ตาม ผลของความบกพร่องในกรณีนี้ ยังคงไม่มีความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายไทย การกระทำเกินอำนาจ บางครั้งก็ทับกันกับเรื่องทำผิดขั้นตอนกระบวนการที่กฎหมายหรือระเบียบภายในฝ่ายปกครองกำหนด เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549 ได้ตัดสินว่า “การลงนามในสัญญา” โดยไม่เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหลังจากได้มีการตกลงเพิ่มเติมข้อสัญญา ถือเป็นการ “ลงนามโดยปราศจากอำนาจ” ทำให้เฉพาะแต่ข้อสัญญาเพิ่มเติมนั้น “ไม่มีผลผูกพัน” รัฐตามกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในระบบกฎหมายว่า สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีผลผูกพันรัฐนั้น ส่งผลทางกฎหมายอย่างไร

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 291-292/2550 ตัดสินว่า “การแก้ไขเพิ่มเติม”สัญญาให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าระหว่างเอกชนกับ กสท.และ ทศท. โดยไม่ทำตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้น แม้จะเป็นการทำโดย “ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย” แต่ก็เป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ที่อาจแยกออกได้จากตัวสัญญาให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าได้ ตัวสัญญาที่แก้ไขใหม่นั้นจึงยังคงมีผลอยู่ตราบใดที่ยังไม่ถูกเพิกถอน[272] ทำนองเดียวกับคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 293-294/2550 ซึ่งต่อ

---

[269] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 12 ,น. 306

[270] ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ไม่อาจจัดให้เข้าสัญญาที่มีข้อบกพร่องในเนื้อหาได้ เนื่องจากเนื้อหาของสัญญาที่มีการให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งไม่อาจแบ่งให้เอกชนทำได้นั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีโดยตรง

[271] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 12,น. 307

[272] ซึ่งคำวินิจฉัยนี้มีความเห็นว่าเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีในการเพิกถอนข้อสัญญาที่แก้ไขใหม่ หรือ อนุมัติเห็นชอบในการแก้ไขสัญญาย้อนหลัง โดยใช้ดุลยพินิจตามสมควรโดย

Ref. code: 25595601032187GRS

เนื่องมาจากการที่มีการทำสัญญาใหม่เกิดขึ้น แยกต่างหากจากโครงการตามสัญญาจัดให้มีและให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าเดิม ระหว่างบริษัท TAC เอกชนกับบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (ซึ่งทำการแทนฝ่ายปกครอง เนื่องจากมีคู่สัญญาใหม่อีกสองราย (บริษัท WCS และ DPC) มารับโอนคลื่นความถี่จากคู่สัญญาเดิม ซึ่งในการโอนดังกล่าวทำโดยปกติโดยเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในลักษณะการสวมสิทธิเลยไม่ได้ จึงต้องมีการคืนคลื่นความถี่กลับมาที่ กสท. ก่อน แล้วจึงทำสัญญาจัดให้มีและให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่ากับบริษัทคู่สัญญาใหม่ทั้งสองราย ซึ่งถือเป็นการทำสัญญาที่ไม่ทำตามกระบวนการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ไม่ถูกเพิกถอน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำสั่งที่เข้าทำสัญญานั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง[273] แม้จะออกโดยเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากอำนาจหรือกระทำเกินอำนาจอันทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็สามารถแยกออกได้จากสัญญาที่เกิดขึ้น โดยใช้ “ทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญาทางปกครอง” (l’acte détachable) ในทำนองเดียวกับการทำสัญญาที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการทำสัญญาสมบูรณ์ แต่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญากลับไม่ชอบด้วยกฎหมาย การไม่มีอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการทำสัญญา จึงอาจส่งผลกระทบกับความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าศาลจะเพิกถอนสัญญาหรือไม่ ซึ่งจะต้องออกแบบกฎหมายที่ให้อำนาจดุลยพินิจกับศาลหรือคณะรัฐมนตรีในการเพิกถอนสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเสียหายของการเพิกถอนสัญญา ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าผลของการทำสัญญาโดยปราศจากอำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครองนั้นไม่ควรจะต่างกัน โดยอาศัยเหตุที่ว่าเนื่องจากสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจศาลปกครองเพียงเท่านั้น

ส่วนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญานั้นขาดความเป็นกลาง มีส่วนได้เสีย หรือผลประโยชน์ขัดกัน หรือทุจริตในการพิจารณาเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง มีผลโดยอ้อมต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ในทำนองเดียวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 57/2555 เนื่องจากการตัดสินเข้าทำสัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้นถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวงฉบับที่ 12 ที่ออกตามความของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง การที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลในฐานะกรรมการคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษาขององค์การบริหารส่วนตำบล ได้เสนอตัวเองเป็นผู้รับทุนการศึกษาและทำการร่วมพิจารณาการคัดเลือกผู้รับทุนและลงมติเห็นชอบให้ตนเองเป็นผู้รับทุน จึงขัดต่อความเป็นกลางและทำให้คำสั่งให้ทุนการศึกษาไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังไม่ถูกเพิกถอน จึงไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญารับทุนการศึกษาที่ทำขึ้น ดังนั้นเมื่อ

คำนึงถึงความเสียหายที่จะต้องเพิกถอนสัญญา ซึ่งมีผลในทำนองเดียวกับการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นทางออกที่น่าสนใจมาก

[273] ส่วนกรณีการแก้ไขสัญญามีปัญหาในทางทฤษฎีว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนคิดว่าไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

ผู้รับทุนไม่ทำการลงทะเบียนเรียนตามเงื่อนไขในสัญญาจึงถือได้ว่าผู้รับทุนผิดสัญญาและต้องชดใช้เงินพร้อมเบี้ยปรับตามสัญญาให้กับองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ให้ทุน จากคำพิพากษานี้ตีความในทางกลับกันได้ว่า หากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ก็อาจส่งผลกระทบถึงสัญญาทางปกครองได้[274]

- ส่วนในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องความสามารถของบุคคลธรรมดา เช่น ผู้เยาว์ทำนิติกรรมที่ตนไม่สามารถทำเองได้โดยลำพังโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม บุคคลวิกลจริตกระทำการในขณะจริตวิกลโดยที่คู่กรณีรู้ว่าผู้กระทำการเป็นบุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถกระทำนิติกรรม หรือคนเสมือนไร้ความสามารถกระทำนิติกรรมสำคัญโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ ล้วนแต่มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆียะ ซึ่งในทางปฏิบัติมักเกิดขึ้นได้น้อย และหากมีกรณีที่มีการมอบอำนาจ ก็ต้องเป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักกฎหมายตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการตรวจสอบการมอบอำนาจดังกล่าวก่อนที่จะเข้าทำสัญญา[275] ในฐานะที่เป็นการตรวจสอบคุณสมบัติเบื้องต้นและระบุตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(2) ความบกพร่องในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

การแสดงเจตนา นั้นถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการทำนิติกรรมอันเป็นผลมาจากการคิดและตัดสินใจจากเจตนาภายใน แล้วแสดงเจตนานั้นออกมาภายนอกด้วยวาจา กริยาอาการหรือด้วยลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย[276]

---

[274] ซึ่งต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลยุติธรรมได้รับคำฟ้องไว้วินิจฉัยก่อนที่ศาลปกครองจะเปิดทำการ ตัดสินว่าการทำสัญญาที่เอื้อประโยชน์กับเจ้าหน้าที่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน สัญญาจึงไม่มีผลผูกพันฝ่ายปกครอง อ้างใน ชาตรี ศิลาภา, “สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) น. 75

[275] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 52/2558 ตัวแทนฝ่ายเอกชนลงนามโดยปราศจากอำนาจ ย่อมไม่ผูกพันตัวการฝ่ายเอกชนให้ต้องรับผิดตามสัญญา และฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการตรวจสอบ จะอ้างว่าไม่ทราบไม่ได้ อย่างไรก็ตามหากปรากฏลักษณะของตัวแทนเชิด เช่น หนังสือยินยอมให้เรียกค่าปรับลงนามโดยผู้จัดการฝ่ายขายซึ่งแม้จะไม่ใช่ผู้แทนนิติบุคคล แต่เป็นตัวแทนเชิดการลงนามในสัญญาของตัวแทนย่อมมีผลผูกพันเอกชนตัวการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 870/2557)

[276] รวมถึงการแสดงเจตนาด้วยการนิ่งด้วยในบางสถานการณ์ตามจารีตประเพณีหรือที่มีกฎหมายกำหนด

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาของฝ่ายปกครองอาจมีข้อบกพร่องอันเนื่องมาจากการแสดงเจตนาซึ่งไม่ตรงกับเจตนาภายในของคู่สัญญา ซึ่งเป็นการอนุโลมเอาหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องเจตนาซ่อนเร้น[277] เจตนาลวงและนิติกรรมอำพราง[278] ความสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม[279] ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ ซึ่งอาจส่งผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้

นอกจากนั้นในกรณีของการแสดงเจตนาวิปริต ซึ่งเกิดจากที่กระบวนการก่อเจตนาบิดเบือนไป โดยคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาตรงตามที่คิดและตัดสินใจจากเจตนาภายใน แต่การตัดสินใจนั้นวิปริต เนื่องจากถูกบิดเบือนด้วยการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน[280] กลฉ้อฉล[281] หรือ การข่มขู่ ยังทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นเกิดข้อบกพร่องและมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะได้

(3) ความบกพร่องในเรื่องของแบบของสัญญา

---

[277] การแสดงเจตนาซ่อนเร้นอาจทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้หากคู่กรณีอีกฝ่ายรับรู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจ ตามมาตรา 154 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[278] การแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กับคู่กรณี ย่อมทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วน นิติกรรมอำพรางตามมาตรา 155 วรรคสอง เป็นการแสดงเจตนาลวงเพื่ออำพรางนิติกรรม ซึ่งนิติกรรมที่ถูกอำพรางจะถูกเปิดเผยมาใช้บังคับ ส่วนนิติกรรมที่เปิดเผยไว้ตอนแรกก็จะตกเป็นโมฆะไป

[279] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 327/2551 การที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างว่าการนำสูตรและวิธีการคำนวณในการพิจารณาจ่ายเงินค่างานก่อสร้างมาแนบท้ายสัญญาเป็นไปโดยผิดหลงอัน เป็นการกล่าวอ้างว่าเป็นการทำสัญญาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญอันทำให้สัญญาเป็นโมฆะตามมาตรา 156 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแม้จะเป็นจริงตามที่กล่าวอ้าง แต่ก็เกิดจากความประมาทเลินเล่อของฝ่ายปกครองเอง ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจยกเหตุสำคัญผิดมาเป็นประโยชน์แก่ตนได้ตามมาตรา 158 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[280] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160/2550 การที่ฝ่ายปกครองสำคัญผิดในการคุณสมบัติของทรัพย์ มีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ แต่ฝ่ายปกครองยกเหตุขึ้นต่อสู้ไม่ได้ เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

[281] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 การทำบันทึกแนบท้ายสัญญา โดยปิดบังข้อความทั้งหมดด้วยกระดาษขาว เหลือแต่เพียงการลงชื่อ ถือเป็นกลฉ้อฉล แต่ถือว่าผู้ฟ้องคดีที่ลงชื่อในบันทึกดังกล่าวประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงไม่อาจยกเหตุดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่ตนได้

Ref. code: 25595601032187GRS

ส่วนในเรื่องแบบของสัญญานั้น โดยหลักแล้วสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นไม่มีแบบและอาจทำด้วยวาจาได้[282] การทำสัญญาเป็นหนังสือในภายหลังเป็นเพียงแค่การยืนยันสิทธิเท่านั้น[283] แต่ถ้าหากสัญญาของฝ่ายปกครองใดเข้าลักษณะที่เป็นสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องทำตามแบบ[284] คู่สัญญาก็จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ไม่เช่นนั้นจะมีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาที่ร้ายแรงจนถึงขั้นทำให้สัญญาเป็นโมฆะได้[285]

อย่างไรก็ตามมีระเบียบภายในและกฎหมายกำหนดให้สัญญาของฝ่ายปกครองบางชนิดจะต้องทำเป็นหนังสือหรือกำหนดให้มีข้อสัญญาตามที่กำหนด เช่น สัญญาการพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระเบียบของกระทรวงมหาดไทยเกี่ยวกับการพัสดุ มติคณะรัฐมนตรีต่างๆ จนไปถึงพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นต้น ซึ่งไม่ใช่ “แบบ”ของสัญญา แต่หากมีการฝ่าฝืนโดยการทำสัญญาเป็นวาจานั้น ในกรณีของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ ศาลปกครองเคยตัดสินว่าเป็นเพียงการฝ่าฝืนระเบียบภายในของเจ้าหน้าที่ซึ่งจะนำมาปฏิเสธความรับผิดตามกฎหมายต่อคู่สัญญาไม่ได้[286] ส่วนในกรณีที่มีข้อสัญญาฝ่าฝืนระเบียบภายในฝ่ายปกครองหรือมติคณะรัฐมนตรีนั้น โดยหลักแล้ว ขึ้นอยู่กับว่าศาลจะปรับว่าเป็นสัญญาที่มีเนื้อหาฝ่าฝืนข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่ ซึ่งยังคงไม่มีเอกภาพนัก[287]

แต่หากเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ โดยไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือ ในระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการกำหนดผลอย่างชัดเจน แต่จากแนวคำ

---

[282] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549 และ อ. 55/2550 ตัดสินว่าสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครอง แม้ทำโดยวาจาก็มีผลผูกพันคู่สัญญาแล้ว และ อ.16/2547 ตัดสินว่าการตกลงด้วยวาจา เพิ่มเติมสัญญาก็มีผลทางกฎหมายแล้ว

[283] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 356/2551 กรณีสัญญารับทุนมาทำเป็นหนังสือภายหลังที่สำเร็จศึกษาแล้ว นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นตั้งแต่ตอนที่ผู้รับทุนตกลงรับทุนแล้ว

[284] เช่น การต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ หรือต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณี เป็นต้น

[285] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.707/2554

[286] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549

[287] การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีไม่ทำให้สัญญาแบบปรับราคาได้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.327/2551) ในขณะที่การกำหนดข้อสัญญาให้แตกต่างกับระเบียบภายในของฝ่ายปกครองนั้นศาลเคยตีความว่าหากเป็นระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุหรือระเบียบข้าราชการพลเรือนในกรณีของสัญญารับทุน ในบางลักษณะเป็นกฎที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงตกลงแตกต่างกับระเบียบไม่ได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง

Ref. code: 25595601032187GRS

วินิจฉัยที่ผ่านมา อาจมีผลให้สัญญานั้นไม่มีผลผูกพันรัฐ เนื่องจากตามกระบวนการทำสัญญาของพระราชบัญญัติดังกล่าวเรียกร้องให้มีการทำสัญญาเป็นหนังสืออยู่แล้ว

(4) ความบกพร่องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ว่าในระบบกฎหมายไทยนั้นมีระเบียบภายในฝ่ายปกครองและกฎหมายที่ควบคุมดุลยพินิจและเสรีภาพในการคัดเลือกคู่สัญญา โดยมุ่งเน้นที่จะสร้างความโปร่งใสและความเท่าเทียมในการเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองระหว่างผู้ประกอบการเอกชน

ความบกพร่องของสัญญาที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถือเป็นความบกพร่องในทางอ้อม เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยนั้นการคัดเลือกคู่สัญญาถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ และเมื่อศาลได้เพิกถอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวแล้ว จะมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาของฝ่ายปกครองมากน้อยเพียงใด จะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยอัตโนมัติหรือไม่ และศาลจะเพิกถอนสัญญาที่เกิดจากการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ นั้นยังคงเป็นประเด็นที่ยังไม่ชัดเจนในระบบกฎหมายไทย ซึ่งประเด็นนี้มีความเกี่ยวเนื่องกับปัญหาเรื่องสิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของบุคคลภายนอก เนื่องจากบุคคลที่มักจะขอฟ้องเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาและมุ่งหวังให้ศาลทำลายสัญญาลง โดยธรรมชาติย่อมเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาอยู่แล้ว จึงไม่ใช่เรื่องง่ายในการออกแบบระบบที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกที่เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปพร้อมๆกับการคุ้มครองความมั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญา เพราะการเพิกถอนสัญญาหรือประกาศความเป็นโมฆะของสัญญานั้น มีผลย้อนหลังเสมือนไม่ได้ทำสัญญากันเลย ซึ่งส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาเป็นอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตามผลของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดูเหมือนจะยังไม่มีเอกภาพนัก เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 220/2551 ตัดสินว่าคำสั่งอนุมัติจ้าง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีการสั่งไม่รับการเสนอราคาของเอกชนรายหนึ่งโดยไม่ขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่ศาลเลือกที่จะใช้เทคนิคกำหนดผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปข้างหน้าในอนาคตแทน ส่งผลให้สัญญาไม่ถูกเพิกถอน เนื่องจากสัญญาได้มีการปฏิบัติกันครบถ้วนไปแล้ว ซึ่งหากสัญญาจะมีผลเป็นโมฆะเพราะปราศจากฐานในทางกฎหมายจากการที่คำสั่งอนุมัติจ้างหายไปด้วยผลจากการที่คำสั่งทางปกครองถูกเพิกถอนโดยมีผลย้อนหลัง ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทางกฎหมายเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งถือว่าเป็นทางออกที่มีเหตุผลน่ารับฟัง โดยให้ดุลยพินิจแก่ศาลปกครองว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการคัดเลือกคู่สัญญาให้มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาหรือไม่

ในขณะที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 570/2542 (กรณีสัญญาตัวแทนสลากกินแบ่ง) และ 339/2544 (กรณีสัญญาก่อสร้างและบริหารโครงการพัฒนาสาธารณูปโภคในที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิต) ยังคงยืนตามแนวที่ว่าสัญญาที่มิได้ดำเนินตาม

Ref. code: 25595601032187GRS

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ นั้นถือเป็นการทำสัญญาโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจ ส่งผลให้สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ผูกพันรัฐ ทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549

นอกจากนั้นยังมีประเด็นที่ว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ขัดกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ เนื่องจากไม่ทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด จะถือได้ว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 150 หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะต้องแยกความบกพร่องในรูปแบบออกจากความบกพร่องในเนื้อหาเสียก่อน ในเมื่อการกระทำที่บกพร่องเกิดจากกระบวนการทำสัญญาที่ไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ไม่ได้เกิดจากเนื้อหาของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับกฎหมาย ดังนั้นการให้เหตุผลว่าเกิดกระบวนการที่ขัดพระราชบัญญัติแล้ว ถือว่าสัญญานั้นขัดความสงบจึงเป็นการให้เหตุผลที่ผิดฝาผิดตัว เพราะว่าสัญญาไม่ได้ตกเป็นโมฆะเนื่องจากเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

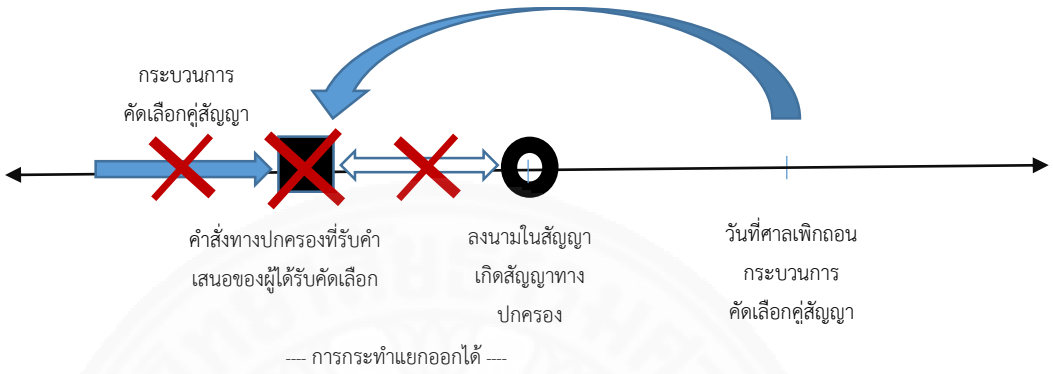
กรณีที่เป็นปัญหามากกว่า ก็คือพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯได้กำหนดให้ “ต้อง” มีข้อกำหนดมาตรฐานตามมาตรา 34 จะถือได้หรือไม่ว่า สัญญาที่ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดเนื้อหาที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 150 ผู้เขียนมีความเห็นว่ายังไม่ใช่กรณีที่ถือได้ว่าสัญญามีวัตถุประสงค์ที่กฎหมายห้ามหรือขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคมเช่นกัน ซึ่งยังไม่มีคำวินิจฉัยในประเด็นนี้

ส่วนประเด็นที่ว่า มาตรา 151 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ" ซึ่งเป็นการรับรองหลักอิสระทางแพ่งนั้น จะสามารถใช้เป็นฐานในการตัดสินว่าสัญญาที่มีกระบวนการทำสัญญาที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯเป็นโมฆะได้หรือไม่นั้น จากการสำรวจคำพิพากษาและคำวินิจฉัยต่างๆ พบว่ามีการรับรองให้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ในคำพิพากษาที่ตัดสินให้สัญญาดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐอยู่เสมอ (เช่นใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.340/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7727/2549 และ 2503/2552) แต่กลับไม่มีการวินิจฉัยให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าลำพังเพียงแต่การทำสัญญาให้แตกต่างกับ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ ไม่อาจตีความในทางกลับ จนทำให้สัญญาเป็นโมฆะได้ เนื่องจากที่มาของกฎหมายนี้ก็มาจากการยกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีในปี 2534 ขึ้นเป็นกฎหมาย แสดงว่าเรื่องกระบวนการคัดเลือกสัญญาเหล่านี้มีรากฐานมาจากระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น การที่กำหนดให้สัญญาเป็นโมฆะเนื่องจากขัดหลักการดังกล่าว ย่อมทำให้เกิดความเสียหายและความไม่เป็นธรรมได้ในบางกรณี เช่นกรณีที่ฝ่ายปกครองไปก่อนิติสัมพันธ์แล้ว แต่กลับมาอ้างว่าสัญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันรัฐเนื่องจากไม่ได้ทำตามกระบวนการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐฯ[288] ทั้งที่จริงแล้วฝ่ายปกครองเป็นผู้บกพร่องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเอง นอกจากนั้นหากสัญญาเป็นโมฆะก็ไม่ได้หมายความว่า

[288] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552

Ref. code: 25595601032187GRS

จะก่อประโยชน์ให้รัฐเสมอไป ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดให้ศาลมีดุลยพินิจเพิกถอนสัญญาที่มีข้อบกพร่องจากกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยชั่งน้ำหนักต่างๆระหว่างประโยชน์ของคู่สัญญาและประโยชน์สาธารณะ ผ่านการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา (Acte détachable) จะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่า



ภาพที่ 4.2 แสดงให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่รับคำเสนอแยกออกได้จากสัญญา

จากแผนภาพแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา โดยที่ศาลปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาสามารถเป็นผู้ฟ้องคดีได้ หลังจากเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไปแล้วย่อมทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุมัติให้ทำสัญญากับผู้ที่ได้รับเลือกให้ทำสัญญากับตัวสัญญาทางปกครองขาดลง ในจุดนี้มีข้อถกเถียงว่าส่งผลถึงความสมบูรณ์ทางกฎหมายของสัญญาทันทีหรือไม่และจะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร ซึ่ง บุปผา อัครพิมาน มีความเห็นว่าน่าจะมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทันที มิใช่เพียงเหตุที่คู่สัญญาจะนำมาฟ้องต่อศาลตัดสินอีกครั้งว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ เพื่อให้บุคคลภายนอกสัญญาบรรลุความมุ่งหมายในการฟ้องเพิกถอนสัญญา[289] ซึ่งเป็นความเห็นที่แตกต่างกับหลักดั้งเดิมในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในคดี *Martin* (CE 4 août 1905) ซึ่งวางหลักไว้ว่าการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญา ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยอัตโนมัติ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากสัญญานั้นไม่ได้มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทันที เนื่องจากความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองนั้นได้แยกออกจากสัญญาชัดเจนแล้ว และผู้เขียนเห็นว่าสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็น “สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” หรือสัญญาที่มีข้อบกพร่อง ซึ่งยังมีผลทางกฎหมายอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยศาล ในทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาจึงทำให้ระบบกฎหมายไทยมีช่องว่างหลังจากที่ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญา ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรเพิ่มอำนาจให้ศาลสามารถเพิกถอนสัญญาทางปกครอง หลังจากศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวกับกระบวนการเลือกคู่สัญญา โดยตีความให้การเพิกถอนกระบวนการ

---

[289] บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* ในเชิงอรรถที่ 13, น.145.

Ref. code: 25595601032187GRS

เกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญาเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปทั้งหมด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) วรรคหนึ่งไม่ใช่คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกได้ฟ้องคดีดังกล่าว และให้อำนาจศาลปกครองในการใช้ดุลยพินิจที่จะเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนสัญญาทางปกครอง[290] โดยชั่งน้ำหนักได้เสียระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของคู่สัญญา และบุคคลภายนอกผู้ฟ้องเพิกถอนสัญญาไปพร้อมๆกัน[291]

ปัจจุบันหลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดให้สัญญาซึ่งไม่ได้ทำตามแบบสัญญา หรือไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดหรือสัญญาที่คู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด**ตกเป็นโมฆะ**ได้ หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง นอกจากนั้น มาตรา 104 ยังกำหนดว่ากรณีที่สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเกิดจากกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบหรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ในส่วนที่**ไม่เป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดไม่ร้ายแรง** ย่อม**ไม่**ทำให้สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าอาจไม่ตกเป็นโมฆะในทุกกรณี

4.4.1.2 ความบกพร่องในทางเนื้อหา แบ่งออกเป็น ความบกพร่องที่เกิดจากวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นต้องห้ามตามมาตรา 150 กล่าวคือ สัญญามีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” นั้นหมายถึงความประสงค์หรือความมุ่งหมายสุดท้ายที่คู่สัญญาคาดหวังจากการทำสัญญานั้น

วัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็นการ “ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย” จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีห้ามไว้อย่างชัดเจนในขณะที่ทำสัญญา เช่น การห้ามทำความผิดทางอาญา โดยกฎหมายอาญา

---

[290] ในทางปฏิบัติศาลปกครองไทยเคยใช้ดุลยพินิจไม่เพิกถอนสัญญาทางปกครอง ที่กระบวนการทำสัญญาจะไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแล้ว โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2553 และ อ. 220/2551

[291] ส่วนในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนนั้น ผู้เขียนก็มีความเห็นในทำนองที่ว่าต้องเพิ่มอำนาจในการเพิกถอนสัญญาให้แก่ศาลใดศาลหนึ่งภายหลังจากที่มีการส่งประเด็นเบื้องต้นให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปกครองที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแล้ว

Ref. code: 25595601032187GRS

ในขณะที่วัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็น “การพ้นวิสัย” คือ วัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็นไปไม่ได้เลยสำหรับทุกคนในการปฏิบัติการตามวัตถุประสงค์สัญญานั้น โดยพิจารณาความเป็นไปไม่ได้นั้นในขณะที่ทำสัญญา

ส่วนสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน “การขัดต่อความสงบเรียบร้อย” นั้นมีความหมายกว้างซึ่งต้องอาศัยการตีความโดยศาล โดยหลักแล้วก็คือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ซึ่งขัดต่อข้อห้ามที่สังคมใช้บังคับเพื่อให้พลเมืองสามารถอยู่ร่วมกันได้ ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้นเป็นคำกว้างๆที่ความหมายในเชิงจริยธรรม ซึ่งผันแปรไปตามค่านิยมของสังคมและยุคสมัยตัวอย่างที่ศาลปกครองเคยตัดสินก็คือ สัญญาที่มีข้อกำหนดมิให้ถือเอาระยะเวลาฟ้องคดีเป็นสำคัญ ขัดกับนิตินโยบายของรัฐ ข้อสัญญานั้นไม่อาจบังคับได้[292]

สัญญาที่มีข้อบกพร่องในเนื้อหาของสัญญาเนื่องจากตัววัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการต้องห้ามโดยกฎหมาย พ้นวิสัย หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นจะมีผลเป็นโมฆะในทุกกรณี

4.4.2 ผลทางกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีความบกพร่อง

ในส่วนที่แล้วได้ทำการศึกษามาแล้วว่าความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นอาจทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันตั้งแต่ตกเป็นโมฆะ โมฆียะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ ไม่มีผลผูกพันรัฐ ในส่วนนี้จะศึกษาผลทางกฎหมายของการตกเป็น โมฆะ โมฆียะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการไม่มีผลผูกพันรัฐ ของสัญญาในระบบกฎหมายไทย ซึ่งเป็นการอนุโลมผลทางกฎหมายของสัญญาที่เป็นโมฆะและโมฆียะในระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ และจะทำการพิจารณาว่า ในระบบกฎหมายไทยนั้น จะมีการปรับใช้ผลของสัญญาที่มีข้อบกพร่องดังกล่าวกับสัญญาทางปกครองมากน้อยเพียงใด

4.4.2.1 สัญญาของฝ่ายปกครองที่ตกเป็นโมฆะ ตามหลักกฎหมายแพ่งสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้นถือว่า สัญญานั้นเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น และไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิและหน้าที่ใดๆในทางกฎหมาย ซึ่งบุคคลที่มีส่วนได้เสียย่อมกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของสัญญาขึ้นเมื่อใดก็ได้ หลักการนี้ได้นำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย โดยศาลปกครองได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 707-708/2554[293]

---

[292] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 820/2550

[293] ซึ่งได้วางหลักว่าสัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะได้หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำสัญญาโดยปราศจากอำนาจ สัญญาที่จัดทำขึ้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีกฎหมายห้ามทำสัญญานั้นอย่างชัดแจ้ง

คดีนี้ศาลตัดสินว่าการที่ฝ่ายปกครองได้บอกเลิกสัญญาโดยใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวเนื่องจากฝ่ายปกครองไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาแล้ว สัญญาย่อม

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาที่เป็นโมฆะนั้นไม่อาจมีการให้สัตยาบันได้ และไม่อาจถูกเพิกถอนได้ ได้แต่เพียงประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาโดยศาลเท่านั้น และสิ่งที่ให้กันไปตามสัญญาจะต้องคืนแก่กันตามหลักลาภมิควรได้ ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ในประเทศที่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน จะต้องมีการใช้หลักการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในกฎหมายมหาชน[294]มาใช้บังคับ แต่ในระบบกฎหมายไทยนั้น ศาลปกครองยังไม่ได้มีการพัฒนาหลักการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในกฎหมายมหาชนขึ้นมาเป็นพิเศษ ศาลปกครองจึงปรับใช้หลักลาภมิควรได้ตามมาตรา 406 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการคืนทรัพย์สินซึ่งคู่สัญญารับไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย[295]

นอกจากนั้นสัญญาของฝ่ายปกครองที่ตกเป็นโมฆะนั้นอาจตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ หรืออาจตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วนก็ได้ ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครอง เป็นการอนุโลมนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 173 มาใช้กับสัญญาทางปกครองนั่นเอง

4.4.2.2 สัญญาของฝ่ายปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ ในระบบกฎหมายไทย สัญญาที่ตกเป็นโมฆียะนั้นจะ “ถือว่า” สมบูรณ์ตราบเท่าที่ยังไม่ถูกบอกล้าง ซึ่งการบอกล้างนั้นอาจทำได้โดย

สิ้นสุดลงด้วยการบอกเลิกสัญญาแล้ว แม้จะมีการทำบันทึกต่อท้ายสัญญาก็ไม่ถือเป็นการแก้ไขสัญญาที่เลิกกันไปแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการสรรหาผู้รับจ้างรายใหม่ตามกระบวนการตาม ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการท้องถิ่น การที่ฝ่ายปกครองเรียกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมาทำบันทึกต่อสัญญาเพื่อให้ทำงานก่อสร้างต่อไปทั้งที่รู้ว่าเป็นการฝ่าฝืนระเบียบราชการ จึงเป็นการทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย บันทึกต่อท้ายสัญญาดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ และส่งผลให้คู่สัญญากลับคืนฐานะเดิม อย่างไรก็ตามเมื่อฝ่ายปกครองได้รับประโยชน์จากงานก่อสร้างที่ทำเสร็จแล้ว จึงถือได้ว่าฝ่ายปกครองได้รับทรัพย์สินโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องชำระค่าก่อสร้างคืนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยไม่สามารถใช้การคำนวณค่าก่อสร้างที่รวมค่า factor F ตามสัญญาเดิมที่เลิกไปแล้วได้ ซึ่งด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าวในสองประเด็น คือ *หนึ่ง* ประเด็นที่ว่าการทำบันทึกต่อท้ายสัญญาที่สิ้นผลไปแล้ว เป็นการทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย เพราะเป็นการฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง และคดีนี้ก็ไม่มีบุคคลที่สามมาฟ้องเพิกถอนแต่เป็นคดีที่เอกชนคู่สัญญาฟ้องให้ฝ่ายปกครองชำระค่าก่อสร้างที่ค้างชำระกับฝ่ายปกครอง ซึ่งเท่ากับว่าฝ่ายปกครองอ้างการทำผิดระเบียบของตนเองเพื่อให้หลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาซึ่งใช้สูตรคำนวณพิเศษกว่าราคาก่อสร้างตามปกติ และ *สอง* ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีของสัญญาที่เป็นโมฆะคู่สัญญานั้นไม่ได้ “กลับสู่ฐานะเดิม” ในทำนองเดียวกันกับการเลิกสัญญา เนื่องจากการคืนทรัพย์ตามหลักลาภมิควรได้นั้นจะต้องคืนเฉพาะทรัพย์สินที่ยังเหลืออยู่ในขณะเรียกคืน หากผู้ได้ลาภงอกนั้นสุจริต

[294] โปรดดู สุริยา เพิ่มบุญ, “การเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในกฎหมายมหาชน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) น.62-66.

[295] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 707-708/2554

Ref. code: 25595601032187GRS

การแสดงเจตนาของบุคคลที่มีสิทธิบอกล้างตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ตามมาตรา 175 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[296] การบอกล้างโมฆียกรรมอาจเป็นการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีโดยตรงหรือเป็นการฟ้องคดีหรือยกข้อต่อสู้ขึ้นในชั้นศาล โดยจะต้องทำการบอกล้างภายในหนึ่งปีนับตั้งแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้หรือสิบปีตั้งแต่ทำสัญญา และส่งผลให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยกฎหมายถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก ถ้าเป็นการพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ให้คู่กรณีชดใช้ค่าเสียหายแทน

ส่วนการให้สัตยาบันแก่สัญญาที่ตกเป็นโมฆียะ จะมีผลเป็นการทำให้สัญญาสมบูรณ์มาตั้งแต่แรกเริ่ม การให้สัตยาบันทำได้โดยวิธีการ แสดงเจตนาโดยตรงต่อคู่สัญญาและโดยปริยาย โดยผู้ที่มีสิทธิให้สัตยาบันแก่สัญญาที่ตกเป็นโมฆียะได้แก่ ผู้ที่มีสิทธิบอกล้างสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะนั่นเอง

เมื่อหลักการดังกล่าวปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครอง มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมว่าสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆียะสามารถมีได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาดูจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นรากฐานต้นแบบของสัญญาทางปกครองไทย แม้จะพบว่าไม่ได้มีข้อความคิดเรื่องสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะ แต่มีข้อความคิดในเรื่องสัญญาที่ตกเป็นโมฆะสองประเภทคือ โมฆะสัมบูรณ์ (la nullité absolue) และโมฆะสัมพัทธ์ (la nullité relative) ซึ่งในกรณีของโมฆะสัมพัทธ์นั้น จะเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญาทำขึ้นโดยการข่มขู่ (violence) มีข้อเสื่อมเสีย[297] (lésion) หรือกลฉ้อฉล (dol) โดยผู้ที่กฎหมายคุ้มครอง (ซึ่งโดยหลักก็คือคู่กรณี) สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อกล่าวอ้างความเป็นโมฆะที่เรียกว่า “การยกเลิกสัญญา” ภายในระยะเวลาห้าปี และสามารถทำการรับรองสัญญาได้ในทำนองเดียวกับการให้สัตยาบันซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทำนองที่ใกล้เคียงกับสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะในระบบกฎหมายไทย ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการปรับใช้หลักสัญญาที่เป็นโมฆียะกับสัญญาทางปกครองสามารถทำได้ในลักษณะเดียวกับการปรับใช้หลักสัญญาที่เป็นโมฆะ ซึ่งศาลปกครองไทยก็มีการปรับใช้

---

[296] ซึ่งก็คือบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมทางกฎหมายเมื่อหลุดพ้นหรือกลับมามีความสามารถในการใช้สิทธิ บุคคลที่ดูแลผู้ที่บกพร่องในความสามารถนั้นหรือทายาท และตัวบุคคลที่ได้แสดงเจตนาโดยวิปริตนั้นเองหรือทายาท

[297] สัญญาที่มีข้อเสื่อมเสีย (lésion) ตามมาตรา 1108 ของ Code civile คือ สัญญาที่เกิดความไม่เท่าเทียมอย่างยิ่งในการชำระหนี้ของคู่สัญญา ซึ่งรวมไปถึงกรณีที่สัญญาทำโดยบุคคลที่ไม่สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายได้โดยไม่มีผู้ดูแล ตามมาตรา 1305 lésion ยังรวมถึงความไม่เท่าเทียมของดุลยภาพทางการเงินของสัญญา เช่นการขายอสังหาริมทรัพย์ในราคาที่ต่ำกว่า สองในห้าของราคาที่แท้จริงขณะทำสัญญา ตามมาตรา 1674 เป็นต้น โปรดดู Raymond Youngs, English, French and German Comparative law, 3rd Edition, (Newyork : Routledge, 2014) p.621.

Ref. code: 25595601032187GRS

หลักการตกเป็นโมฆียะของสัญญากับสัญญาทางปกครองแล้ว เช่นในกรณีของการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน[298] และกลฉ้อฉล[299]

4.4.2.3 สัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่มีผลผูกพันและสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในระบบกฎหมายไทย “สัญญาที่ไม่มีผลผูกพัน” รัฐหรือฝ่ายปกครอง นั้นยังไม่มีคำอธิบายที่เป็นเอกภาพชัดเจนว่า จะส่งผลทางกฎหมายต่อนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกอย่างไร ดังที่เห็นได้จาก คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 19/2546 ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล สัญญาจึงผูกพันเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาเป็นการส่วนตัว ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งกรณีนี้ถือว่าสัญญาที่ไม่มีผลผูกพันฝ่ายปกครองนั้นไปผูกพันเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวแทน แต่ไม่ได้ตกเป็นโมฆะไป สัญญายังมีผลอยู่ ในขณะที่หลายคำวินิจฉัย[300] โดยองค์กรต่างๆ ตัดสินไปในทำนองที่ว่าสัญญาไม่มีผลผูกพันรัฐ แต่ก็ไม่ได้ให้เหตุผลต่อไปว่าผูกพันใคร ซึ่งหากตีความไปในแนวทางของสัญญาไม่มีผลผูกพันผู้ใดเลย ก็เท่ากับว่าสัญญานั้นมีผลในทำนองเดียวกับสัญญาที่เป็นโมฆะ เสมือนว่าไม่เคยทำสัญญาเช่นนั้นมาก่อนเลยนั่นเอง แม้จะใช้คำว่า “สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ผูกพันรัฐ” ก็ตาม ซึ่งสาเหตุที่ศาลฎีกาปรับใช้เรื่องสัญญาไม่มีผลผูกพันรัฐในกรณีที่สัญญามีข้อบกพร่องในเรื่องของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ที่เจ้าหน้าที่มีผลประโยชน์ทับซ้อน จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่าเป็นอิทธิพลจากหลักกฎหมาย “ตัวแทน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 825[301] และเรื่องนิติบุคคล ตามมาตรา 77 ที่ผู้แทนนิติบุคคลไม่อาจ

---

[298] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160/2550 การที่ฝ่ายปกครองสำคัญผิดในการคุณสมบัติของทรัพย์ มีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ แต่ฝ่ายปกครองยกเหตุขึ้นต่อสู้ไม่ได้เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

[299] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 การทำบันทึกแนบท้ายสัญญา โดยปิดบังข้อความทั้งหมดด้วยกระดาษขาว เหลือแต่เพียงการลงชื่อ ถือเป็นกลฉ้อฉล แต่ถือว่าผู้ฟ้องคดีที่ลงชื่อในบันทึกดังกล่าวประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงไม่อาจยกเหตุดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่ตนได้

[300] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.340/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7727/2549 และ 2503/2552 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 570/2542 และ 339/2544

[301] ถ้าตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยเห็นแก่อามิสสินจ้าง เป็นทรัพย์สินอย่างใดๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นอันบุคคลภายนอกได้ให้เป็นลาภส่วนตัวก็ดี หรือให้คำมั่นว่าจะให้ก็ดี ท่านว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย

Ref. code: 25595601032187GRS

มีผลประโยชน์ขัดกันกับนิติบุคคลได้[302] และได้รับอิทธิพลมาจากหลักการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (*ulta vires)* ซึ่งเป็นอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษ[303]

อย่างไรก็ตามข้อความคิดในเรื่อง “สัญญาที่ไม่มีผลผูกพันรัฐ” นั้นปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเช่นกัน ในกรณีของสัญญาที่ไม่มีผลบังคับหรือความผูกพันใดๆ (sans effets) เนื่องจากเป็นสัญญาที่หน่วยงานทำขึ้นโดยไม่ได้รับการให้ความเห็นชอบจากองค์กรผู้มีอำนาจก่อน และยังมีข้อความคิดว่าความสัมพันธ์ในเชิงสัญญาอาจไม่ได้เกิดขึ้นมาเลยหาก สภาพนี้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ในทำนองเดียวกับระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีการพัฒนาแนวคิดของสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนและสร้างคำฟ้องชนิดใหม่ขึ้นมาดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ผ่านมา ซึ่งในระบบกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏว่ามีการอธิบายสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในแนวเช่นนั้น สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายไทยยังคงเป็นคำกว้างๆที่ยังไม่ถูกพัฒนาเป็นข้อความคิดทางกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป จากการสำรวจตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่องในระบบกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนยังเห็นว่ายังขาดความชัดเจนอยู่มาก โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดสาเหตุของความบกพร่องและผลทางกฎหมาย อีกทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็ยังไม่เป็นเอกภาพ ผู้เขียนมีความเห็นว่าในขั้นแรกนั้นจะต้องแยกเสียก่อนว่าความสัมพันธ์ในทางสัญญานั้นได้เกิดขึ้นมาหรือยัง เพื่อแยกกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับกรณีสัญญาที่เป็นโมฆะออกจากกันให้ชัดเจน ซึ่งจะลดความสับสนลงได้ก่อนที่จะไปวินิจฉัยว่าสัญญามีความสมบูรณ์หรือไม่และกำหนดผลของสัญญาที่ไม่สมบูรณ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าในระบบกฎหมายไทยนั้น อาจนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่เป็นโมฆะและโมฆียะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะและโมฆียะได้ แต่สาเหตุของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นอาจมีมากกว่าที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงมิติในทางมหาชนมากกว่าสัญญาทางแพ่ง เช่น จะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายมหาชน เช่นหลักความต่อเนื่องและการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ การประสานหลักกฎหมายมหาชนเข้ากับหลักกฎหมายสัญญาจึงไม่ใช่เรื่องง่าย

กรณีที่มีปัญหามากที่สุดก็คือสัญญาที่มีข้อบกพร่องในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่หรือกรณีที่สัญญาไม่ได้ทำตามกระบวนการคัดเลือกสัญญาและทำสัญญาที่กฎหมายกำหนด ปัญหามีอยู่ว่าควรจะตีความให้สัญญาที่บกพร่องดังกล่าวตกเป็นโมฆะจากการปรับใช้หลักกฎหมายมหาชนในเรื่องการกระทำที่ปราศจากอำนาจได้เลยหรือไม่ เนื่องจากการเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองอาจไม่นำมาซึ่งความเป็นธรรมในทุกกรณี ด้วยสภาพการมีผลย้อนหลังของการประกาศความเป็นโมฆะของ

---

[302] จุลสิงห์ วสันตสิงห์, “สัญญาไม่ผูกพัน : ผลของการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 1 (ฉบับพิเศษ 2554) น. 60.

[303] โปรดดู ไชยวัฒน์ บุนนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน Which Way to Go?” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 35, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2549)

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญานั้น อาจส่งผลเสียหายร้ายแรงกับประโยชน์สาธารณะที่ต้องสะดุดหยุดลง และส่งผลร้ายแรงต่อความมั่นคงทางนิติฐานะของคู่สัญญาอย่างยิ่ง และเกิดผลเสียมากกว่าการคงไว้ซึ่งสัญญาที่มีข้อบกพร่อง ซึ่งระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีคำตอบให้กับเรื่องนี้อย่างชัดเจน ต่างกับที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้พัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” และรูปแบบคำฟ้องขึ้นมาใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษายังไม่พบว่าในระบบกฎหมายไทยมีการแก้ไขในเชิงโครงสร้างของข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

ปัญหาในเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีความสัมพันธ์แนบชิดกับระบบการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง ซึ่งจะต้องออกแบบโครงสร้างในการรับฟ้องคดีให้เกิดความเป็นธรรม โดยเฉพาะกรณีที่บุคคลภายนอกต้องการความคุ้มครองเนื่องจากเสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในหัวข้อถัดไป

4.5 การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

4.5.1 ความทั่วไป: ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง

โดยหลักแล้วการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากสัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้นอาจระงับได้ด้วยวิธีการทางศาลหรือวิธีการทางเลือกอื่นๆ เช่นการประนีประยอมยอมความ หรือการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีที่สัญญาของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ย่อมอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง

ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของปกครองนั้นอาจเกิดขึ้นได้ ในสองกรณีคือ (1) ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการเข้าผูกสัมพันธ์กันในรูปแบบของสัญญาระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองและเอกชน และ (2) ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองโดยตรงหลังจากที่จะมีการเข้าผูกสัมพันธ์กัน และเกิดเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองและเอกชนแล้ว

(1) ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการเข้าผูกสัมพันธ์กันในรูปแบบของสัญญาระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองและเอกชน ซึ่งก็คือกระบวนการหรือขั้นตอนเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองนั่นเองเช่นมติของฝ่ายปกครองหรือคำสั่งให้เข้าทำสัญญา ข้อพิพาทลักษณะนี้เกิดจากการกระทำที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐฯ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐฯ หรือ เป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองซึ่งออกตามความของพระราชบัญญัติ

Ref. code: 25595601032187GRS

ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือ (3) แล้วแต่กรณี[304] ซึ่งบุคคลที่ฟ้องคดีอาจเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาก็ได้

ข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามระเบียบพัสดุอาจเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ การกำหนดคุณลักษณะของพัสดุและคุณสมบัติของผู้เสนอราคา การปิดประกาศโฆษณาประกวดราคา การแต่งตั้งคณะกรรมการต่างๆ โดยเฉพาะคณะกรรมการคัดเลือกคู่สัญญาและความสมบูรณ์ของมติของคณะกรรมการนั้น การเปิดซองสอบราคาหรือประกวดราคาและการวางหลักประกันซอง[305] การดำเนินกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา การพิจารณาว่าผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งขาดคุณสมบัติ การคัดเลือกผู้เสนอราคานั้นไม่ถูกต้องหรือมีการสมยอมกัน ไปจนถึงการยกเลิกการประกวดราคา ซึ่งผลของการพิพาทเนื่องจากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา จะแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงว่ามีผลทำให้การคัดเลือก

---

[304] อย่างไรก็ตามเคยมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 660/2548 ตัดสินว่าหากเป็นการพิพาทกันเนื่องจากการผิดสัญญาก่อนสัญญาทางปกครองหลัก (ข้อตกลงก่อนทำสัญญา) จะถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 (4) เนื่องจากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

[305] การโต้แย้งเรื่องการริบหลักประกันการเข้าทำสัญญาหรือการเสนอราคา (ตามสัญญาประกันซอง) เป็นการโต้แย้งในข้อตกลงเบื้องต้นก่อนที่จะเกิดสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาหลักขึ้น เช่นใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.560/2558) ซึ่งมีข้อน่าพิจารณาเกี่ยวเนื่องกับเรื่องการยกเลิกประกวดราคาก็คือ กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นเข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองได้ยกเลิกการสั่งซื้อแล้ว เนื่องจากประธานคณะกรรมการประกวดราคาแจ้งว่าหากเอกชนไม่ยอมลดราคาที่เอกชนเสนอลงหลังจากการเจรจา ฝ่ายปกครองจะไม่ยอมสั่งซื้อ ซึ่งแท้จริงแล้วประธานคณะกรรมการประกวดราคาไม่มีอำนาจโดยลำพังในการสั่งยกเลิกการประกวดราคาได้โดยลำพัง ซึ่งการเสนอราคาโดยเอกชนนั้นถือเป็นคำเสนอซึ่งฝ่ายเอกชนจะต้องยืนราคา 120 วันตามระเบียบพัสดุ ดังนั้นแม้ต่อมามีการต่อรองเจรจาเกิดขึ้นก็ไม่ทำให้การยืนราคานั้นสิ้นผลไป ดังนั้นเมื่อฝ่ายปกครองสนองรับด้วยการสั่งซื้อแล้ว สัญญาให้เข้าทำสัญญาทางปกครองจึงเกิดขึ้นแล้ว เมื่อเอกชนเพิกเฉยไม่เข้าทำสัญญา ฝ่ายปกครองจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาให้เข้าทำสัญญานั้นและริบหลักประกันซองได้ ซึ่งน่าคิดว่ากรณีนี้เอกชนไม่อาจทราบได้เลยว่าฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาแน่นอนเป็นอย่างไร เนื่องจากผู้ที่ “ดูเหมือนจะมีอำนาจ” ทำแทนฝ่ายปกครองอย่างประธานคณะกรรมการประกวดราคา ได้กระทำการที่เป็นการปฏิเสธบอกปัดคำเสนอให้ตกไปแล้ว จึงน่าคิดจะถือว่าเข้าลักษณะตัวแทนของฝ่ายปกครองผู้ที่จะทำสัญญาได้หรือไม่ อย่างไรก็ตามศาลปกครองวางหลักว่าหลักประกันการเข้าทำสัญญาเป็นเบี้ยปรับอย่างหนึ่งซึ่งศาลมีดุลยพินิจในการลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนลงได้ ซึ่งศาลมีการใช้ดุลยพินิจในการลดหรือสั่งให้คืนหลักประกันการเข้าทำสัญญาหรือเสนอราคาอย่างกว้างขวาง ทั้งกรณีที่ถือว่ามีมีเหตุลดเบี้ยปรับลง ด้วยเหตุผลที่ว่าฝ่ายปกครองไม่เสียหายอะไร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.525/2557) และไม่ลดเบี้ยปรับลง ซึ่งคำพิพากษาไม่ได้เป็นเอกภาพนัก

Ref. code: 25595601032187GRS

คู่สัญญาในครั้งนั้นขาดความโปร่งใส เป็นธรรม จนถึงขนาดที่ทำให้การคัดเลือกคู่สัญญานั้นหมดความหมายไปหรือไม่ ซึ่งในท้ายที่สุดอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนั้นหลังจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงซับซ้อนยิ่งขึ้น ตั้งแต่การพิพาทว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด ไม่ว่าจะเป็นตั้งแต่ขั้นตอนการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง การมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง การขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้าง การประกาศเอกสารเชิญชวน การจำกัดจำนวนผู้ยื่นข้อเสนอด้วยการกำหนดลักษณะต้องห้าม การสั่งเป็นผู้ทิ้งงาน และผู้ที่ถูกระงับการยื่นข้อเสนอ การคัดเลือกข้อเสนอและจัดเรียงลำดับคะแนน การคัดเลือกคู่สัญญา การลงนามในสัญญาที่ฝ่าฝืนระยะเวลาตามมาตรา 66 วรรคสอง ไปจนถึงการอุทธรณ์ตามขั้นตอนในพระราชบัญญัติ ปัญหาจึงมีอยู่ว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวนั้นจะถือได้ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดอย่างร้ายแรงหรือไม่เพียงใดหรือเป็นเพียงการผิดหลงเล็กน้อยซึ่งจะเกี่ยวพันกับปัญหาที่ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นตกเป็นโมฆะหรือไม่ หรือมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เพียงใด

ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ อาจเกิดขึ้นได้ตั้งแต่กระบวนการเสนอโครงการ การจ้างทำรายงานวิเคราะห์โครงการซึ่งเป็นการจ้างที่ปรึกษา การประกาศเชิญชวน การขายเอกสารการประมูล (เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน) การร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ไม่ถูกต้องด้วยข้อกำหนดมาตรฐาน การแต่งตั้งคณะกรรมการต่างๆ โดยเฉพาะคณะกรรมการคัดเลือกคู่สัญญาและความสมบูรณ์ของมติของคณะกรรมการนั้น การดำเนินการประมูลหรือการคัดเลือกคู่สัญญาด้วยวิธีอื่น การส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญา การนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชน เป็นต้น ข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา อาจนำมาสู่การฟ้องเพิกถอนคำสั่งหรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้หากมีข้อบกพร่องร้ายแรง ซึ่งอาจมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาต่อมา และอาจนำมาซึ่งความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน

(2) ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองโดยตรงหลังจากที่เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองขึ้นแล้ว กล่าวคือ เมื่อมีการลงนามในสัญญาจนเกิดเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาขึ้นแล้ว คู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา และอาจนำมาสู่ข้อพิพาทในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งข้อพิพาทเหล่านี้เป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแตกต่างกัน ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และถือเป็นคดีแพ่งทั่วไป แต่หากเป็นกรณีของสัญญาทางปกครอง ย่อมในอำนาจของศาลปกครอง และถือเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยหลักจะเป็นแค่คู่สัญญาผู้ซึ่งมีข้อโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น

ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองอาจปรากฏในลักษณะของการพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางหนี้ เช่น การผิดสัญญา การไม่ปฏิบัติตามสัญญา การไม่ชำระราคา หรือ

Ref. code: 25595601032187GRS

การปฏิบัติตามสัญญาและการชำระราคาที่ล่าช้าหรือไม่ตรงกับความประสงค์ของเจ้าหนี้[306] การเรียกร้องค่าเสียหายและค่าปรับ[307] การริบหรือหักหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา[308] การแก้ไขสัญญา[309] การเลิกสัญญา[310] และยังเกิดจากข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่าย

---

[306] เช่นกรณีที่ เอกชนฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากการจ่ายค่าจ้างล่าช้า (ผิดนัดชำระหนี้) หรือ ฝ่ายปกครองฟ้องคดีกรณีเอกชนผิดสัญญาชดใช้ทุนโดยปฏิบัติราชการไม่ครบตามกำหนด คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 636/2546

[307] เช่นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องเรียกค่าปรับ ค่าควบคุมงาน ค่าเสียหายจากการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่มาแทนผู้ที่ทำงานไม่เสร็จ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 323/2549) จากความชำรุดบกพร่องของงานจ้างหรือพัสดุ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.8/2551) หรือ ฟ้องเรียกค่าปรับตามสัญญารับทุน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.309/2549) การโต้แย้งเรื่องอัตราเบี้ยปรับ หรือการขอลดเบี้ยปรับจากการผิดสัญญา (เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. อ.306/2558 กรณีผิดสัญญาทุนการศึกษา) หรือ ขอคืนค่าปรับกรณีตามมติคณะรัฐมนตรี นร.0506/ว.113 ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ในเรื่องการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้าง ซึ่งมีเงื่อนไขสามประการ คือ ต้องเป็นสัญญาที่ลงนามก่อน 1 ตุลาคม 2550 และยังมีนิติสัมพันธ์กันอยู่ โดยยังไม่ได้มีการส่งมอบงานงวดสุดท้าย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.316/2558) ซึ่งศาลมีดุลยพินิจในการลดค่าปรับที่สูงเกินส่วนลงได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.48/2558 อ.679/2557 และ อ.353/2558) และการคืนค่าปรับหลังจากศาลมีคำตัดสินนั้น ศาลเคยวางหลักว่าไม่ใช่การคืนตามหลักลาภมิควรได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 497/2558) นอกจากนั้นฝ่ายปกครอง ยังไม่อาจปรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ หากการผิดสัญญาหรือการส่งมอบงานล่าช้าเกิดจากความผิดของฝ่ายปกครองเองทั้งหมด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.36/2558) แต่ถ้าหากฝ่ายปกครองมีความผิดเพียงบางส่วน ก็ต้องปรับลดค่าปรับลง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.226/2558)

[308] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 572/2546 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.312/2558

[309] การโต้แย้งว่าหน่วยงานใช้สิทธิตามสัญญาแก้ไขสัญญาโดยไม่ชอบซึ่งไม่ปรากฏว่าฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเนื่องมาจากเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้น ศาลปกครองจะปรับเข้าเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ไม่ใช่ 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยศาลจะถือว่าเป็นการตรวจสอบการใช้สิทธิตามสัญญา เช่น การโต้แย้งว่าฝ่ายปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงราคาให้ต่ำกว่าเดิม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 678/2549)

[310] ในการโต้แย้งเรื่องการเลิกสัญญาโดยไม่ชอบตามกฎหมาย ศาลมักจะตรวจสอบโดยใช้เกณฑ์เกี่ยวกับ การเลิกสัญญาตามกฎหมายเอกชนในเรื่องของ “สิทธิในการเลิกสัญญา” เป็นหลัก ซึ่งจะมีการผสมหลักเกณฑ์กฎหมายมหาชนเข้าไปบ้างในกรณีของสัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับการบริหารจัดการภาครัฐ เช่น การโต้แย้งเรื่องการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจากขั้นตอนการประเมินงานไม่โปร่งใส (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.713/2557) หรือไม่มีการประเมินผลงานตามขั้นตอนใน

Ref. code: 25595601032187GRS

ปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบกับสัญญา การแก้ไขสัญญาหรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียวก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ[311] เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธีการชั่วคราวก่อนหรือขณะดำเนินการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

กรณีที่น่าสังเกตก็คือในระบบกฎหมายไทยนั้น การฟ้องคดีพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครองอาจทับซ้อนกันในบางกรณีว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิจากตัวสัญญาโดยตรงหรือเป็นการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองนั้น เช่น การฟ้องเรียกเงินค่า K หลังจากที่มีการใช้ข้อสัญญาปรับราคา ซึ่งมีมิติที่เกี่ยวข้องเช่นการอนุมัติโดยฝ่ายปกครองด้วย ทำให้มีทั้งกรณีที่ศาลตัดสินว่าเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เช่นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 202/2546 และ ตาม 9 วรรคหนึ่ง (4) เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 494/2546

ปัญหาที่น่าคิดอีกหนึ่งประการก็คือ ในระบบกฎหมายไทยนั้น การที่ฝ่ายปกครองมี “คำสั่ง”ใดๆนั้น จำแนกได้ยากว่าเป็นการออก “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “การใช้สิทธิตามสัญญา” ซึ่งอาจส่งผลต่อการมีสิทธิเป็นผู้ฟ้องคดีและการกำหนดคำบังคับของศาลได้ เช่น ในกรณีของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 325/2550 กรณีที่ศาลรับคำฟ้องจากที่ผู้ฟ้องโต้แย้งว่าคำสั่งของมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นคู่สัญญารับทุน ที่ให้ผู้รับทุนจัดทำสัญญาใหม่เพิ่มเติมหลังจากมีการขยายระยะเวลาลาศึกษาต่อเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือเป็นการสร้างภาระให้กับคู่สัญญาเกินสมควรและขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งนั้น ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเช่นนั้น สืบเนื่องมาจาก ระเบียบของกระทรวงการคลังได้กำหนดให้สัญญารับทุนต้องมีข้อกำหนดให้ต้องทำสัญญาใหม่ทุกๆครั้งที่มีการขยายเวลาลาศึกษา และหากไม่มีการทำสัญญาใหม่ให้ถือว่าสัญญาเดิมมีผลครอบคลุมถึงระยะเวลาที่ขยายไป ต่อมาหลังจากมีการขยายเวลาลาศึกษา หน่วยงานฝ่ายปกครอง (มหาวิทยาลัยมหิดล) ได้มีคำสั่งให้ผู้รับทุนจัดทำสัญญาใหม่เพิ่มเติมนั่นเอง ซึ่งศาลปกครองตัดสินว่าข้อสัญญานั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำสั่งดังกล่าวจึงไม่เป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือเป็นการสร้างภาระให้กับคู่สัญญาเกินสมควรแต่อย่างใด ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลไปตรวจสอบข้อสัญญาทางปกครอง ในขณะที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ฝ่ายปกครองก่อน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.310/2558) ซึ่งหากฝ่ายปกครองเลิกจ้างโดยไม่มีสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย ก็จะถือว่าฝ่ายปกครองผิดสัญญาจ้าง และศาลก็จะออกคำบังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

[311] โปรดดู สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง , คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (2551) น. 229-253.

Ref. code: 25595601032187GRS

4.5.2 การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ ในเรื่องของการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุในมาตรา114 ถึง มาตรา 119 ซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐ สามารถยื่นอุทธรณ์ในเรื่องของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ได้แก่ (1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง (2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง (3) การละเว้นการอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรง กับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือหนังสือเชิญชวนของหน่วยงานของรัฐ และ (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้อุทธรณ์ยื่นต่อหน่วยงานของรัฐผู้ทำการจัดซื้อจัดจ้างภายในเจ็ดวันนับตั้งแต่วันประกาศผลจัดซื้อจัดจ้างในระบบสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง

การอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างสามารถแบ่งออกเป็นสองขั้นตอนคือ (1) การอุทธรณ์ในชั้นหน่วยงานผู้ทำการจัดซื้อ และ (2) การอุทธรณ์ในชั้นคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ในชั้นหน่วยงานผู้ทำการจัดซื้อ หน่วยงานจะต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในเจ็ดวันนับตั้งแต่ได้รับอุทธรณ์ ซึ่งหากหน่วยงานรัฐไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ จะต้องส่งรายงานและเหตุผลไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนภายในสามวันนับแต่ครบกำหนดการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนจะทำการพิจารณาอุทธรณ์ต่อไป โดยคณะกรรมการฯ มีอำนาจในการสั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ โดยการวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ถือเป็นที่สุด อย่างไรก็ตามคณะกรรมการฯ อาจ “ยุติเรื่อง” โดยไม่พิจารณาอุทธรณ์ได้ หากคณะกรรมการยังพิจารณาอุทธรณ์ไม่แล้วเสร็จจนครบกำหนดเวลาในมาตรา 119 วรรคหนึ่ง (สามสิบวันนับแต่ได้รับรายงาน บวกกับการขยายระยะเวลาไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวัน) ซึ่งมีผลให้มีการจัดซื้อจัดจ้างกันต่อไป ซึ่งตามมาตรา 119 วรรคห้า ผู้อุทธรณ์ที่ไม่ใจผลการพิจารณาอุทธรณ์หรือการยุติเรื่องสามารถฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามไปแล้ว

ในกรณีของสัญญาที่ไม่ทำตามสัญญาแบบ หรือการแก้ไขสัญญาซึ่งไม่ผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือเป็นสัญญาเกิดจากจากจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดอย่างร้ายแรง สัญญาหรือการแก้ไขสัญญานั้นอาจตกเป็นโมฆะได้ตามมาตรา 93 ประกอบมาตรา 104 ซึ่งหากมีข้อสงสัย คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐจะเป็นผู้วินิจฉัยตามมาตรา24 (4) ประกอบมาตรา 104 วรรคสาม อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มิได้กำหนดวิธีการโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการนโยบายฯซึ่งให้สัญญาให้เป็นโมฆะแต่อย่างใด

ในกรณีของข้อพิพาทในเรื่องของการบอกเลิกสัญญา หากคู่สัญญาของฝ่ายปกครองเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องชดใช้ค่าเสียหาย ยังอาจเลือกใช้วิธีการยื่นคำขอต่อหน่วยงานให้ชดใช้ค่าเสียหายก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 103 วรรคสาม ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะต้องออก

Ref. code: 25595601032187GRS

ใบรับคำขอไว้เป็นหลักฐานและพิจารณาคำขอนั้นโดยไม่ชักช้า หากคู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่พอใจก็สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายต่อไป

4.5.3 การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองโดยกระบวนการทางศาล

ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ย่อมอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรม เนื่องจากโดยสภาพ กฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ต่างกับสัญญาที่เกิดขึ้นโดยเอกชนปกติ อย่างไรก็ตามหากมีข้อพิพาทในกระบวนการก่อนการเกิดสัญญา เช่น ข้อพิพาทในมติของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญา ข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา การตรวจสอบการกระทำนั้นย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งหากศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนกระบวนการนั้นแล้ว ศาลยุติธรรมย่อมเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญานั้นต่อไป เงื่อนไขในการฟ้องคดีย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ส่วนในกรณีของสัญญาทางปกครองการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองนั้นย่อมอยู่ในการพิจารณาของศาลปกครองในทุกขั้นตอน ในส่วนนี้จะขอกล่าวถึงเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยเป็นหลัก เนื่องจากมีประเด็นที่เป็นประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

4.5.3.1 เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นหลัก ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี เงื่อนไขเกี่ยวกับคำขอบังคับ เงื่อนไขอื่นๆ ดังนี้

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นบุคคลผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการยุติข้อโต้แย้งนั้นศาลจะต้องมีคำบังคับให้ได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ผู้นั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ดังนั้นจึงอาจแยกเงื่อนไขในส่วนที่เกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่ ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีสภาพบุคคลและมีความสามารถตามกฎหมาย[312] และเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การที่จะเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันจะมีสิทธิเป็นผู้ฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ในลำดับแรกสัญญาที่เป็นคดีพิพาทนั้นจะต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสียก่อนจึงจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง[313] ซึ่งใช้หลักเกณฑ์ตามที่ได้กล่าวมาในส่วนของการ

---

[312] ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 26

[313] กรณีที่เป็นปัญหาไม่น้อยคือ การที่ศาลตัดสินว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจในเรื่องนั้นไม่เป็นสัญญาทางปกครอง จึงไม่รับคำฟ้องไว้ เช่น ในกรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 154/58 ซึ่งเป็นกรณีที่องค์กรสงเคราะห์ทหารผ่านศึกทำสัญญาร่วมการงานและส่งเสริมและพัฒนางานรังวัดและประเมินมูลค่าที่ดิน ซึ่งศาลตัดสินว่าไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เนื่องจากองค์กรสงเคราะห์ทหารผ่านศึก

Ref. code: 25595601032187GRS

แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ในลำดับถัดมาจึงพิจารณาถึงการ “มีข้อโต้แย้ง” เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ซึ่งศาลปกครองไทยนั้นตีความ “มีข้อโต้แย้ง” ในกรณีของข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9(4) ไว้แคบกว่า “การได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้” ในกรณีของการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยใช้หลักการ “โต้แย้งสิทธิ” หรือที่เรียกได้ว่า “ผู้เสียหายอย่างแคบ[314]” ในทำนองเดียวกับการถูกกระทบสิทธิหรือสิทธิของตนถูกโต้แย้งในทำนองเดียวกับมาตรา 55 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิของตนถูกกระทบแล้ว ไม่ใช่เป็นเพียง “ผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย”เท่านั้น

อย่างไรก็ตามการวางหลักของศาลปกครองยังไม่มีเอกภาพในเรื่องของผู้มีสิทธิฟ้องคดีนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาที่ว่าบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ และในหลายกรณีที่ศาลตัดสินว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายฯหรือเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น มีความใกล้เคียงกับกรณีที่ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้เป็นอย่างยิ่ง นอกจากนั้นในทางปฏิบัติศาลปกครองจะใช้คำว่า “การได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้” ควบคู่ไปกับคำว่า “หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” มาวินิจฉัยผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 42 อยู่เสมอ โดยไม่ได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองชนิดนั้นแยกต่างหากจากกัน[315] เนื่องจากเหตุผลที่ว่าหลายครั้งการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คู่กรณีก็ไม่ได้โต้แย้งกันตามสิทธิในสัญญาโดยตรงทั้งหมด

ตัวอย่างของคำพิพากษาที่ศาลปกครองวางหลักว่าไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายฯหรือเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องขอให้ศาลต่ออายุสัญญาโดยยังไม่ได้ยื่นขอต่อสัญญากับฝ่ายปกครอง[316] ลูกหนี้สัญญาทางปกครองที่ยังอาจปฏิเสธการชำระหนี้

ไม่ได้มีหน้าที่ตามกฎหมายในการรังวัดและปฏิรูปที่ดิน ศาลตัดสินเพียงแต่ว่าสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาทางปกครองและสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยไม่ได้ตัดสินเข้าไปในเนื้อคดีว่าเป็นสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะเนื่องจากปราศจากอำนาจหรือไม่ ดังนั้นจึงขาดความชัดเจนในระบบกฎหมายว่าหากผู้ฟ้องคดีนำสัญญาดังกล่าวไปฟ้องที่ศาลยุติธรรม ในฐานะสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ศาลยุติธรรมจะตัดสินให้ผลของสัญญาเป็นอย่างไร และจะใช้กฎหมายใดตัดสิน

[314] จุฑามาศ นาคทั่ง, “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554) ,น.138.

[315] แนวคิดที่ว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองชนิดนั้นแยกต่างหากจากกันนั้น ปรากฏใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับกลาง รุ่นที่ 12 เรื่อง เขตอำนาจศาลปกครอง,” 2552, น.29 และสำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง , “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (2551) น.105.

[316] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2544

Ref. code: 25595601032187GRS

ได้ตามกฎหมาย มาฟ้องขอให้เพิกถอนการเรียกให้ชำระหนี้[317] กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมาฟ้องศาลเนื่องจากไม่เห็นด้วยกับจำนวนหนี้ทั้งๆที่ ทำหนังสือรับสภาพหนี้แล้ว ย่อมถือว่าไม่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับจำนวนหนี้ในสัญญา[318] นอกจากนั้นการมาขอให้ศาลปกครองเพิกถอนข้อสัญญา โดยที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอเพิกถอนสัญญาหรือขอแก้ไขสัญญา ศาลตัดสินว่าไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายฯหรือมีข้อโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง[319] หรือในกรณีที่หนี้ตามสัญญาหลักไม่อาจฟ้องบังคับได้เนื่องจากอยู่ในระหว่างการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ การฟ้องบังคับตามหนี้ในสัญญาอุปกรณ์ก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน โดยศาลถือว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง[320]

ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดี “ไม่ใช่คู่สัญญา” ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาที่วางหลักว่าบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญานั้น *ไม่ใช่* ผู้เดือดร้อนเสียหายฯหรือเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในหลายกรณี เช่น บุคคลทั่วไปที่เป็นผู้ใช้บริการไฟฟ้าที่มาฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและผู้ให้บริการ[321] บุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่คู่สัญญาขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างโดยเห็นว่าการทำสัญญาจ้างมิได้ดำเนินการตามประกาศคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบล[322] ซึ่งเป็นการปฏิเสธการฟ้องคดีที่กว้างเกินไปจนถึงขนาดเป็นการฟ้องคดีโดยประชาชนที่เรียกว่า *actio popularis* นอกจากนั้นบุคคลภายนอกที่แม้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่สัญญาแต่ไม่ใช่คู่สัญญา ศาลปกครองก็ถือว่า*ไม่ใช่* ผู้เดือดร้อนเสียหายฯหรือเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น ผู้ที่จะยื่นขอเข้ามาเป็นคู่สัญญาเพิ่มเติมแทนคู่สัญญาเดิมแต่ยังไม่ได้ทำการให้เสร็จ[323] พนักงานในบริษัทคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งต้องออกจากงานเพราะบริษัทถูกยกเลิกสัญญาจ้างกับฝ่ายปกครอง มาฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเลิกสัญญา[324] ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ฟ้องขอให้เพิกถอน

---

[317] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 386/2546 2/2547 99/2547 147/2547 424/2547 510/2547 และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.222-223/2548 อ้างใน สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง , “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (2551) น.112-113

[318] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546 และ 578/2547

[319] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 513/2548 กรณีนี้ใกล้เคียงกับกรณีที่ศาลไม่มีอำนาจในออกคำบังคับมาก

[320] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 656/2549

[321] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 93/2544

[322] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 144/2557

[323] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 158/2548

[324] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 202/2548

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาระหว่างบริษัทและฝ่ายปกครอง[325] ผู้รับจ้างช่วง[326] คณะกรรมการตรวจการจ้าง[327] เป็นต้น แม้แต่ในกรณีที่บุคคลที่สามซึ่งได้รับประโยชน์จากสัญญาทางปกครองก็ไม่ถือว่าเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายฯหรือเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เช่น พ่อค้าผู้ทำสัญญาเช่าแผงกับบริษัทผู้ที่ทำสัญญาบริหารตลาดและสัญญาเช่าช่วงกับฝ่ายปกครอง ก็ไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาเช่าช่วงระหว่างบริษัทกับฝ่ายปกครองได้[328] หรือ ผู้ประกอบการหน้าห้างสรรพสินค้าฟ้องขอเพิกถอนสัญญาเช่าที่ดินบริเวณห้างสรรพสินค้าเซนทรัล พลาซ่า ลาดพร้าว ระหว่างการรถไฟกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอ้างว่าการทำสัญญาไม่ได้ประมูลตามระเบียบของการรถไฟ โดยไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าร่วมประมูล[329] เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันศาลปกครองเริ่มมีทิศทางในการเปิดรับการฟ้องคดีของผู้ที่เข้าร่วมหรือจะเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญามากขึ้น ซึ่งเป็นการให้เหตุผลที่ต่างไปจากกรณีข้างต้น อันเนื่องจากการตั้งรูปคดีเป็นการขอฟ้องเพิกถอนคำสั่ง ข้อตกลง หรือสัญญาใดๆที่เป็นการอนุญาตให้ทำสัญญาหรือดำเนินโครงการ ตามมาตรา 9 (1) เช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 413/2557 ที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าเสนอราคาฟ้องขอให้เพิกถอนการประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่น ที่ฝ่ายปกครองได้มีการออกประกาศเปลี่ยนแปลงเกณฑ์ในการวางหลักประกันใหม่ โดยให้ผู้เข้าร่วมประกวดราคาวางหลักประกันซองสูงขึ้น จากเดิมร้อยละ 5 ของราคาขั้นต่ำ เป็นร้อยละ 75 โดยศาลเห็นว่าประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยเหตุผล และก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค เป็นการใช้ดุลยพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเพิกถอนประกาศและรายละเอียดเอกสารประมูลโดยมีผลย้อนหลัง ทำให้การประมูลเงินอากรรังนกอีแอ่นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน นอกจากผู้ฟ้องคดีจะขอเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้แล้ว ผู้ฟ้องคดียังสามารถขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อระงับการลงนามในสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้[330] นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาบางส่วนที่ยอมรับให้

---

[325] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 666/2549 แต่ผู้ถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนอาจมีอำนาจฟ้องได้ ในกรณีที่ฟ้องโต้แย้งว่าฝ่ายปกครองผิดสัญญาร่วมทุนในการดำเนินกิจการโทรคมนาคมและบริการบัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าตัวบริษัทร่วมทุนไม่อาจฟ้องโต้แย้งสัญญาได้เนื่องจากถูกผู้ถือหุ้นฝ่ายปกครองควบคุมกิจการไว้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 610/2546)

[326] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 11/2549 ผู้รับจ้างช่วง ไม่อาจฟ้องคดีโต้แย้งกรณีที่ฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญากับผู้รับจ้าง (ผู้จ้างช่วง) เนื่องจากไม่ใช่คู่สัญญา

[327] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 520/2549 คณะกรรมการตรวจการจ้างไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

[328] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 801/2557

[329] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 928/2557

[330] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 360/2546 ผู้ฟ้องคดีขอยกเลิกผลการสอบราคาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลระงับการลงนามในสัญญา แต่สัญญานั้นได้ลงนามไปแล้ว ศาลจึงสั่งได้เพียงระงับการปฏิบัติตามสัญญาไว้เป็นการชั่วคราว

Ref. code: 25595601032187GRS

บุคคลภายนอกฟ้องคดีได้ แม้จะไม่ได้เป็นกรณีของผู้ที่จะเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งมักจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นการตั้งรูปคดีเป็นการขอฟ้องเพิกถอนคำสั่ง ข้อตกลงหรือสัญญาใดๆที่เป็นการอนุญาตให้ดำเนินโครงการ เช่น ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบุคคลภายนอกฟ้องขอให้ระงับการดำเนินการตามโครงการก่อสร้างระบบประปาซึ่งนำน้ำจากเขื่อนลำแซะไปยังอ่างเก็บน้ำระหว่างเทศบาลกับกรมชลประทาน[331] การระงับการก่อสร้าง[332] และยังปรากฏกรณีที่ศาลรับคำฟ้องของบุคคลที่สามหรือประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะขอเพิกถอนมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบสิทธิของตน เช่น มติการขึ้นค่าโดยสารรถประจำทาง[333] มติอนุมัติกำหนดเส้นทางการเดินรถ[334] ในฐานะที่มติดังกล่าวมีสถานะเป็น “กฎ” เป็นต้น

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับคำบังคับ ดังที่มาตรา 42 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีไว้ว่า การยุติ “ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”นั้น ศาลจะต้องมีคำบังคับให้ได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ผู้นั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ของพระราชบัญญัติเดียวกัน ในเรื่องของการออกคำบังคับของศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆไว้ด้วยก็ได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการตีความคำว่าสั่งให้ “กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ” นั้นศาลปกครองจะสามารถออกคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญานั้นกระทำการหรือไม่กระทำการได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากหากศาลมีอำนาจออกคำบังคับได้อย่างกว้างขวาง เมื่อพิจารณาในทางกลับกันผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิในการกำหนดคำขอได้อย่างกว้างขวางเช่นกัน ซึ่งในระบบกฎหมายไทยนั้นยังไม่มีเอกภาพในการจัดระบบคำบังคับที่ศาลสามารถกำหนดได้

ในอดีตมีคำพิพากษาบางส่วน (ซึ่งปัจจุบันถูกกลับแนวคำวินิจฉัยแล้ว) ที่ศาลก้าวล่วงเข้าไปออกคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจในการทำสัญญาหรือใช้สิทธิตามสัญญา เช่น อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีสามารถขอให้ศาลปกครองกำหนดคำบังคับสั่งให้หน่วยงานทางปกครองเข้าทำสัญญาใหม่กับผู้รับจ้างที่ถูกบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้[335] และยังสามารถขอให้ศาลกำหนดคำบังคับให้ยกเลิกการบอกสัญญาและให้ขยายระยะเวลาตามสัญญาจ้าง และระงับการ

---

[331] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 74/2553 อ้างใน นพรัตน์ อุดมโชคมงคล “สัญญาทางปกครอง:บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2555) น.853.

[332] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 305/2547 และ 279/2546 อ้างใน *เพิ่งอ้าง*, น.854

[333] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 505/2551

[334] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 415/2553

[335] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 562/2547

Ref. code: 25595601032187GRS

เรียกร้องตามสัญญาค้ำประกัน[336] หรือ การขอให้ศาลสั่งให้หน่วยงานทางปกครองไปยกเลิกสัญญาทางปกครอง[337] เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน ในการขอให้ศาลกำหนดคำบังคับที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้ามากำหนดคำบังคับแทนการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง และถือว่าเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้ เช่น การขอให้ศาลสั่งขยายอายุสัมปทาน[338] การขอให้ศาลบังคับฝ่ายปกครองลงนามในสัญญาจ้าง[339] คำขอให้ศาลบังคับฝ่ายปกครองขยายระยะเวลาตามสัญญาจ้าง[340] หรือสัญญาก่อสร้าง[341] คำขอให้ศาลปกครองบังคับให้ฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาและงดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญา[342] ขอให้ศาลบังคับให้ฝ่ายปกครองทำสัญญาจ้างใหม่[343] คำขอให้ศาลบังคับไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้สิทธิเรียกค่าปรับ ไม่ให้บังคับหลักประกันของสัญญาและไม่ให้บอกเลิกสัญญา[344] เป็นต้น

คำบังคับที่ศาลไม่อาจกำหนดให้ได้ยังรวมถึงกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในสัญญาโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ โดยการขอให้แก้ไขข้อสัญญาหรือมีคำขอที่ให้คู่สัญญากระทำการหรืองดเว้นกระทำการต่างไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา เช่น การขอให้ศาลแก้ไขสัญญาบางข้อที่มีลักษณะที่ขัดต่อการแข่งขันที่เสรี เท่าเทียม เป็นธรรม[345] ขอให้ศาลแก้ไขสัญญารับทุนให้สอดคล้องกับระเบียบ ก.พ.ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือน[346] การมีคำขอให้ศาลแก้ไขข้อสัญญาที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมและให้ยกเลิกข้อสัญญาดังกล่าว[347] การขอให้ศาลกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขอัตราค่าปรับ (ซึ่งไม่ได้สูงเกินส่วน) จากร้อยละ 0.25 เหลือ 0.01 ของมูลค่า

---

[336] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 553/2549

[337] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 585/2549 และ 113/2545

[338] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.14-22/2548

[339] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1032/2557

[340] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 464/2557

[341] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 578/2552

[342] คำสั่งที่ศาลปกครองสูงสุดที่ 618/2557

[343] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 144/2557)

[344] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 886/2557

[345] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) ผู้ฟ้องคดียกว่าข้อสัญญาขัดต่อรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 50 ในเรื่อง เรื่องการแข่งขันที่เสรี เท่าเทียม เป็นธรรม ซึ่งประเด็นนี้มีเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซ้อนอยู่ด้วย แต่ศาลกลับตัดสินว่าเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้ เนื่องจากในไทยเรื่องการแข่งขันที่เสรี เท่าเทียม เป็นธรรม ในรัฐธรรมนูญยังคงเป็นแค่แนวนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งต่างจากสหภาพยุโรปและระบบกฎหมายฝรั่งเศส

[346] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 517/2546

[347] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 721/2548

Ref. code: 25595601032187GRS

งานถือเป็นคำขอที่ให้คู่สัญญากระทำการหรืองดเว้นกระทำการต่างไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้[348]

นอกจากนั้นคำบังคับที่ศาลไม่อาจกำหนดให้ได้ยังรวมไปถึงกรณีทั่วไปได้แก่ การฟ้องผิดตัว เช่น ฟ้องตัวอธิบดีกรมซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา ในกรณีที่กรมเป็นคู่สัญญา[349] การฟ้องอธิการบดี คณะกรรมการตรวจการจ้าง คณะกรรมการควบคุมงาน ซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญา[350] การฟ้องขอให้สำนักงบประมาณอนุมัติเงินที่ฝ่ายปกครองต้องจ่ายตามสัญญา[351] ศาลย่อมไม่อาจมีคำบังคับไปถึงผู้ที่ไม่ใช่คู่สัญญาได้[352] หรือในกรณีของการขอให้ศาลกำหนดคำบังคับที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินตามคำขอของผู้ฟ้องคดีไปแล้วหลังจากที่ได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาล ย่อมถือเป็นคำบังคับที่ศาลไม่สามารถกำหนดให้ได้โดยสภาพ[353]

การขอให้ศาลกำหนด “คำบังคับซึ่งไม่สอดคล้องกับประเด็นพิพาทในคดี” ยังถือเป็นกรณีที่เป็นคำบังคับที่ศาลไม่อาจกำหนดให้ได้ เช่น ผู้ฟ้องคดีตั้งรูปคดีเป็นเรื่องเจ้าหน้าที่ละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยขอให้ฝ่ายปกครองพิจารณาอุทธรณ์ขอลดค่าปรับให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน แต่ศาลปกครองมองว่าการใช้อำนาจในการงดหรือลดค่าปรับแก่คู่สัญญาเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ราชการทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนด กรณีพิพาทจึงไม่ใช่เรื่องการละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แต่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ดังนั้นคำขอของผู้ฟ้องคดีให้ศาลกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองพิจารณาอุทธรณ์ขอลดค่าปรับให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันจึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจกำหนดคำบังคับได้[354] หรือ การฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งปรับ ซึ่งศาลตัดสินว่าการแจ้งให้ชำระค่าปรับไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญา จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ไม่ใช่ 9 วรรคหนึ่ง (1) คำขอให้เพิกถอนคำสั่งปรับจึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจกำหนดคำบังคับได้[355] ทำนองเดียวกับการมีคำขอให้ศาลเพิกถอนหนังสือแก้ไขงานจ้าง เนื่องจากคณะกรรมการตรวจจ้างออกคำสั่งดังกล่าวโดยไม่ครบองค์ประชุม ซึ่งศาลมองว่าการออกหนังสือแก้ไขงานจ้างดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง จึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจกำหนดคำบังคับได้[356]

---

[348] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 32/2549

[349] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 789/2557

[350] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 282/2557

[351] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1007/2558

[352] อย่างไรก็ตามการระบุตัวผู้ถูกฟ้องผิดหน่วยงานสามารถแก้ไขได้ ตามหลักที่วางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2546

[353] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 834/2547

[354] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2546

[355] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 798/2557

[356] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 983/2557

Ref. code: 25595601032187GRS

เช่นเดียวกับกรณีที่มีการขอให้เพิกถอนมติของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาซึ่งถือเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ไม่ใช่ 9 วรรคหนึ่ง (1) จึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจกำหนดคำบังคับได้[357] และกรณีที่มีการขอให้เพิกถอนมติของฝ่ายปกครองในการเลิกจ้างผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลเห็นว่าการเลิกจ้างเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาและไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ศาลจะเพิกถอนได้เช่นกัน[358] รวมถึงการขอให้เพิกถอนคำสั่งเรียกไปทำสัญญารับทุนซึ่งไม่เต็มจำนวน ที่ออกโดยอาศัยระเบียบภายในเกี่ยวกับการจัดสรรเงินงบประมาณที่เพียงพอต่อการดำเนินโครงการวิจัย ถือเป็นเพียงคำสั่งที่เกี่ยวกับการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครอง จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่สามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ายังไม่ได้มีการทำสัญญากัน จึงไม่ใช่กรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)[359]

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า จากแนวคำพิพากษาศาลปกครองในปัจจุบัน ในระบบกฎหมายไทยผู้ฟ้องคดียังไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาโดยตรงได้[360] ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) หรือ 9 วรรคหนึ่ง (4) ก็ตาม

ปัญหาสำคัญในประเด็นท้ายสุด คือเรื่องของการพิพาทกันในเรื่องลาภมิควรได้ในสัญญาทางปกครอง ว่าจะจัดเป็นคดีพิพาทประเภทใด ซึ่งยังคงไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนในระบบกฎหมายไทย จากกรณีที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2558 ตัดสินว่ากรณีที่ฝ่ายปกครองคำนวณราคาตามสัญญาพลาดกว่าล้านบาท การที่เอกชนรับเงินดังกล่าวไว้ถือเป็นหนี้ที่ปราศจากมูลอ้างตามกฎหมาย จึงฟ้องขอให้เอกชนคืนเงินฐานลาภมิควรได้นั้น ไม่ใช่กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมิได้เป็นคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง คำสั่งนี้ได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่าศาลปกครองไทยยังคงไม่ได้รับแนวคิดเกี่ยวกับลาภมิควรได้ทางปกครองดังเช่นฝรั่งเศสหรือเยอรมัน อย่างไรก็ตาม

---

[357] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.531/2557 และ อ.228/2558

[358] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 850/2557 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.159/2557 อ.635/2557 และ อ. 232/2558

[359] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2558

[360] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 403/2557 ซึ่งสอดคล้องกับ คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 871/2554 แต่แตกต่างจากคำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ซึ่งศาลปกครองระยองรับคำฟ้องที่ขอให้เพิกถอนตัวสัญญาโดยตรงของบุคคลที่สาม และเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาและตัวสัญญาดังกล่าวโดยตรงเนื่องจากการคัดเลือกคู่สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย

Ref. code: 25595601032187GRS

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในระบบกฎหมายไทย เคยปรากฏกรณีที่ศาลปกครองปรับใช้หลักลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาแล้ว[361]

(3) เงื่อนไขอื่นๆ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขคำฟ้องอื่นๆ เช่น การต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดี ระยะเวลาฟ้องคดี การชำระค่าธรรมเนียม และข้อห้ามในการฟ้องคดีอื่นๆ ในทำนองเดียวกับคดีปกครองประเภทอื่นๆ ดังนี้

สำหรับเงื่อนไขเกี่ยวกับการต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดี[362] ในกรณีของคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นไม่ได้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ เว้นแต่ในกรณีของการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะต้องทำการอุทธรณ์คำสั่งนั้นก่อนจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ ในกรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรงนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์ต่อคู่สัญญาทางปกครอง แต่จะต้องมีการใช้สิทธิโต้แย้งตามสัญญาก่อน ในทำนองเดียวกับสัญญาทางแพ่ง เช่น ต้องมีการโต้แย้งต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองก่อนว่ามีการคำนวณเงินที่ต้องชำระผิดพลาด ไม่เช่นนั้นศาลจะถือว่าเป็นกรณีที่ยังไม่เป็นข้อพิพาทที่ศาลปกครองจะรับพิจารณาไว้ได้ เนื่องจากการโต้แย้งสิทธิยังไม่เกิดขึ้น[363] หรือในกรณีที่มีข้อสัญญาหรือมีกฎหมายกำหนด[364]ให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการก่อน คู่สัญญาก็จะต้องนำข้อพิพาทตามสัญญาไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาก่อน จะนำข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาลปกครองเลยไม่ได้

ส่วนประเด็นที่ว่าหากฝ่ายปกครองสามารถบังคับการตามสัญญาทางปกครองได้เองแล้ว จะถือเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลหรือไม่นั้น ในระบบกฎหมายไทยนั้น ยังไม่มีความชัดเจนทั้งในประเด็นที่ว่าฝ่ายปกครองนั้นมีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาอันแสดงถึงลักษณะการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองมากน้อยเพียงใด และในประเด็นที่ว่าหากฝ่ายปกครองสามารถบังคับการตามสัญญาทางปกครองนั้นได้เองจากข้อสัญญาแล้ว จะสามารถนำคดีมาฟ้องศาลเพื่อให้ศาลออกคำบังคับคู่กรณีได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับกรณีของคำสั่งทางปกครองแล้ว เคยมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที128/2554 ได้ตัดสินว่า หากฝ่ายปกครองเห็นว่ายังมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้

---

[361] ในกรณีที่ฝ่ายปกครองหักเงินในสัญญาโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย จะต้องคืนเงินให้แก่เอกชนตามหลักลาภมิควรได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.503/2557) และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 707-708/2554 ในกรณีการชำระเงินค่าก่อสร้างคืนแก่เอกชน หลังสัญญาเป็นโมฆะ

[362] เป็นหลักการที่มีรากฐานมาจากหลักศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย (Exhaustion of administrative remedies ซึ่งแปลตรงตัวว่า การใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาโดยฝ่ายปกครองจนหมดแล้ว) ซึ่งมีขึ้นเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสได้ทบทวนคำวินิจฉัยของตน และลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลไปพร้อมๆกัน

[363] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 611/2546

[364] เช่น พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองก็ไม่ตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะใช้สิทธิในการฟ้องคดีทางศาลปกครอง เพราะการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาล ในขณะที่ในคำวินิจฉัยแนวเดิม[365]ได้วางหลักว่ากรณีที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เองอยู่แล้ว และไม่ว่าถือเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 สำหรับการปรับใช้หลักการดังกล่าวในสัญญาทางปกครองจะมากน้อยเพียงใดนั้น คงต้องติดตามการวางหลักจากศาลปกครองต่อไป

เงื่อนไขเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น มีความซับซ้อนและแยกต่างจากระยะเวลาการฟ้องคดีแพ่ง โดยกรณีของการฟ้องโต้แย้งสิทธิจากสัญญาทางปกครองโดยตรงนั้น เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ คือผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในระยะเวลา 5 ปีนับตั้งแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกิน 10 ปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งการรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของหนี้และข้อพิพาทนั้นๆ[366] ซึ่งอาจแตกต่างจากเรื่องการนับระยะเวลาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องที่ขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ในหลายๆกรณี

ส่วนการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองย่อมเป็นไปตามเกณฑ์ตามมาตรา 49 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ซึ่งก็คือ 90 วันนับตั้งแต่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแล้วแต่กรณี

ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเกี่ยวกับสถานะของบุคคล ตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

อย่างไรก็ตามศาลปกครองอาจรับคดีปกครองที่ยื่นเกินกำหนดเวลาไว้พิจารณาได้หากคดีที่ยื่นฟ้องนั้นเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม[367]หรือมีเหตุจำเป็นอื่น ตามมาตรา 52 วรรคสองของ

---

[365] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113/2545 157/2546 191/2548 และ 420/2549 อ้างใน ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, “ความจำเป็นในการจัดทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” ใน 60 ปี ดาราพร รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ถิระวัฒน์, น. 155.

[366] รายละเอียดและแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับระยะเวลาฟ้องคดีปกครอง โปรดดู สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง , “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (2551) น.136-211 ซึ่งมีตัวอย่างในกรณีการนับระยะเวลาฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้าง สัญญาสัมปทาน สัญญาทุนการศึกษา สัญญาซื้อขายที่ดินเวนคืน และสัญญากู้ยืมเงินของฝ่ายปกครอง

[367] โปรดดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 29/2545 ซึ่งศาลวางหลักการตีความคำว่าประโยชน์แก่ส่วนรวมไว้ค่อนข้างยืดหยุ่น แม้การฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีเอง แต่การรับฟ้องคดีอาจสามารถสร้างแนวปฏิบัติที่ดีให้กับราชการเพื่อการแก้ไขปัญหาในอนาคต ศาลก็ตีความว่าเป็นการฟ้องคดีที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมแล้ว อ้างใน ฤทัย หงส์ศิริ,ศาลปกครองและการดำเนินคดี

Ref. code: 25595601032187GRS

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้นเคยมีตัวอย่างในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 215/2549 กรณีผู้ฟ้องคดีเข้าใจโดยสุจริตว่าจะได้เงินค่าปรับคืนเนื่องจากฝ่ายปกครองส่งเรื่องอุทธรณ์ให้กับกระทรวงการคลัง และกระทรวงการคลังมีคำวินิจฉัยไม่อนุมัติภายหลังจากที่ระยะเวลาฟ้องคดีสิ้นสุดลงแล้ว ถือเป็นเหตุจำเป็นอื่นที่ศาลสามารถรับคดีไว้พิจารณาได้

ส่วนเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมนั้นเป็นไปตามตามมาตรา 45 วรรคสี่ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราร้อยละ 2 ของทุนทรัพย์ แต่ไม่เกินสองแสนบาท สำหรับทุนทรัพย์ที่ไม่เกิน50 ล้านบาท และในอัตราร้อยละ 0.1 ของทุนทรัพย์ สำหรับทุนทรัพย์ส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาท ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ตามหลักเกณฑ์ มาตรา 45/1ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ

สำหรับเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบคำฟ้องและเอกสาร เขตอำนาจศาล และข้อห้ามในการฟ้องคดี เช่นการฟ้องซ้อน ฟ้องซ้ำ การดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ นั้นเป็นไปในทำนองเดียวกับคดีปกครองรูปแบบอื่นๆ ซึ่งจะไม่ขอลงรายละเอียดในที่นี้

4.5.3.2 ผลของการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

(1) ผลของการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน หากเป็นการพิพาทกันตามสิทธิตามสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ย่อมเป็นเช่นเดียวกับผลของการฟ้องคดีแพ่งปกติทุกประการ โดยหลังจากศาลมีคำพิพากษาแล้ว คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีย่อมสามารถดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลได้ อย่างไรก็ตามทรัพย์สินของราชการไม่ตกอยู่ใต้การบังคับคดี ตามมาตรา 1307 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในทำนองเดียวกับทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจหลายแห่งเองก็ไม่ตกอยู่ใต้การบังคับคดี เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การรถไฟแห่งประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นได้บัญญัติไว้ หน่วยงานทางเอกชนที่ชนะคดีหน่วยงานของรัฐ จึงไม่อาจอายัดทรัพย์ของหน่วยงานดังกล่าวได้ แต่เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องตั้งงบประมาณชดใช้ให้ ซึ่งถ้าหน่วยงานของรัฐไม่ทำหรือไม่รีบดำเนินการชดใช้ก็อาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองได้ และอาจมีความผิดทางวินัยได้

(2) ผลของการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หากศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีส่วนเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง เช่นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุมัติให้ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาตามกฎกระทรวงฉบับที่ 12 อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายไทย การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยอัตโนมัติ แม้กระบวนการทำสัญญาจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็อาจไม่เพิกถอนสัญญา

ในศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554) พิมพ์ครั้งที่ 3, น. 123.

Ref. code: 25595601032187GRS

ทางปกครองก็ได้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ซึ่งเป็นหลักที่ศาลปกครองวางไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2553 ส่วนการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับสัญญานั้น ยังไม่ปรากฏว่าศาลไทยพัฒนาการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในกระบวนการทำสัญญาเป็นพิเศษในรูปแบบดังเช่นระบบกฎหมายฝรั่งเศส

(3) ผลของการฟ้องคดีที่มีการโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ในระหว่างพิจารณาคดีผู้ฟ้องคดีอาจมีการขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาด้วยการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ตามมาตรา 66 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เช่น ศาลกำหนดให้งดการหักเงินค่าปรับ เนื่องจากอาจมีการกระทำซ้ำซึ่งการหักเงินนั้นจนผู้ร้องเสียหายได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2547) และเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว ศาลปกครองย่อมออกคำบังคับ ในลักษณะที่เป็นการสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆไว้ด้วยก็ได้

4.5.4 การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองโดยกระบวนการทางเลือก

เช่นเดียวกับข้อพิพาทในระบบกฎหมายเอกชน ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น อาจระงับได้ด้วยการเจรจา การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและประนีประนอมทั้งในศาลและนอกศาล และการอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่การระงับข้อพิพาทในแต่ละรูปแบบอาจมีข้อจำกัด หรือถูกกำหนดด้วยระเบียบภายในของฝ่ายปกครองหรือกฎหมายอย่างเคร่งครัด

สำหรับการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมยอมความ ในระบบกฎหมายไทยนั้นยังไม่เปิดช่องให้มีการไกล่เกลี่ยอย่างอิสระ และการประนอมข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นก็ถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดโดยระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง เพื่อป้องกันการมีส่วนได้เสีย การทุจริต หรือการทำให้รัฐสูญเสียผลประโยชน์ การทำสัญญาประนีประนอมยอมความในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาจมีปัญหาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น เนื่องจากสัญญาประนีประนอมยอมความต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[368] สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการระงับข้อพิพาททางปกครองแล้วก่อมูลหนี้ใหม่ตามสัญญาประนีประนอมที่คู่สัญญาตกลงกัน อาจตกเป็นโมฆะได้หากศาลปกครองชี้ว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้มีแนวคิดในการทำสัญญาประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาททางปกครองในทำนองเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมัน[369] อย่างไรก็ตามการไกล่เกลี่ยคดีปกครองในเรื่องเกี่ยวกับ

---

[368] อนันต์ จันทรโอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ กรุงเทพ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) น.20.

[369] สัญญาประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาททางปกครอง เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 55 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครองนั้นเป็นทางเลือกที่น่าสนใจ เนื่องจากจะช่วยลดปัญหาในเรื่องกระบวนการพิจารณาที่กินเวลานาน ซึ่งจะมีปัญหาในเรื่องของการไกล่เกลี่ยน้อยกว่าในคดีปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจมีปัญหาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ส่วนกรณีของการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนนั้นเป็นไปในทำนองเดียวกับสัญญาทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลวิธีการหนึ่ง โดยที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้บุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ พิจารณาและชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่คู่กรณียอมรับ[370]

สำหรับปัญหาที่ว่าการอนุญาโตตุลาการสามารถเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ปัจจุบันเป็นที่แน่นอนว่าในระบบกฎหมายไทยยอมรับให้มีการใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน ซึ่งแสดงได้จากมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รวมถึงกฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ[371] และพันธกรณีที่รัฐไทยผูกพันจากความตกลงระหว่างประเทศ เช่น ภาคีความตกลงทุนอาเซียน ความตกลงคุ้มครองการลงทุน ความตกลงการค้าเสรีในหลายฉบับ และยังลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น หรือที่เรียกว่า “อนุสัญญาวอชิงตัน” (International Centre for Settlement of Investment Disputes : ICSID) แม้จะยังมิได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าวก็ตาม

อย่างไรก็ดีหลังจากที่รัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีในข้อพิพาทหลายครั้ง จึงเกิดแนวคิดในการจำกัดการอนุญาโตตุลาการ โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 ซึ่งปรับปรุงโดยมติ

VwVfg) มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอน หรือหาข้อยุติในปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีองค์ประกอบคือ จะต้องเป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงระงับข้อพิพาททางปกครอง ที่มีความไม่แน่นอนซึ่งยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย และความไม่แน่นอนนั้นไม่สามารถขจัดไปได้ หรือหากขจัดไปได้จะต้องเสียเวลาหรือค่าใช้จ่ายอย่างยิ่ง การประนีประนอมตามสัญญานี้ใช้ได้ทั้งในศาลและนอกศาล แม้ว่าการประนอมในชั้นศาลจะมีบทบัญญัติโดยเฉพาะในมาตรา 106 VGO ก็ตาม โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์,“ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 29 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2542), หน้า 270.

[370] พรพิมล บุญทวีเวช, “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547) น. 50.

[371] เช่น มาตรา 53 ของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม 2514 กำหนดให้ข้อพิพาทข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไข เมื่อมีเหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานได้ตามมาตรา 52 หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ หากไม่สามารถตกลงกันได้ จะต้องมีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดในข้อสัมปทาน

Ref. code: 25595601032187GRS

ในวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 กำหนดให้ฝ่ายปกครองไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีความจำเป็นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นรายๆไป[372] ซึ่งส่งผลต่อนโยบายด้านการอนุญาโตตุลาการ และกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติยังคงมีการใช้การอนุญาโตตุลาการกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่สำคัญอยู่เสมอ[373] แนวความคิดเรื่องการจำกัดการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองเคยไปไกลถึงขนาดที่จะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เพื่อกำหนดห้ามการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐมักเป็นฝ่ายแพ้คดีและเสีย “ค่าโง่” จำนวนมหาศาล แต่ก็ยังไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวในปัจจุบัน ปัจจุบันการจำกัดอนุญาโตตุลาการ เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มกราคม 2557 ห้ามมิให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองทุกประเภท เว้นแต่จะมีการจำเป็นหรือข้อเรียกร้องของคู่สัญญาที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีให้อนุมัติเป็นรายๆไป[374]

หากสัญญาทางปกครองมีข้อสัญญาให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีก็จะต้องไปทำการอนุญาโตตุลาการกันก่อน จะมาฟ้องศาลปกครองเลยไม่ได้[375] ซึ่งหากมีกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจขอให้ศาลปกครองแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยอมแต่งตั้งนั้นได้[376]

ปัญหาที่เกิดส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับ การคัดค้านคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีหลายกรณีที่ศาลปกครองและศาลฎีกาไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ เช่น

---

[372] ธีรวัฒน์ ว่องแก้ว, “อนาคตของการใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในประเทศไทย: ร่อนเร่พเนจรบนถนนสายเมฆหมอก” แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม, (กรุงเทพฯ : บริษัท ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด, 2554) น.515.

[373] เช่น โครงการก่อสร้างรถไฟสายสีม่วง สัญญาซื้อขายก๊าซธรรมชาติแหล่งซอติก้า สัญญาจัดหาเงินกู้เพื่อชำระค่าเครื่องบินแอร์บัส A 330-300 สัญญาว่าจ้างบริษัท ARG/US Pros ทำหน้าที่รับรองมาตรฐาน IOSA โครงการปรับปรุงอุโมงค์ส่งน้ำของกระทรวงมหาดไทย เป็นต้น อ้างใน *เพิ่งอ้าง*, น. 517.

[374] เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา, “หลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง:กรณีศึกษาจากคดีโครงการโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 ก.ค.-ธ.ค 2559 น. 54.

[375] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 425/2546 และ 910/2549

[376] คำสั่งศาลปกครองกลางคดีแดงที่ 160/2547 และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 685/2550

Ref. code: 25595601032187GRS

- กรณีคดีไอทีวี ที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้สำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีชดเชยค่าเสียหายให้กับบริษัทไอทีวี เนื่องจากผิดสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ และให้มีคำสั่งชี้ขาดให้แก้ไขสัญญา โดยปรับเปลี่ยนผังรายการด้วยการลดสัดส่วนข่าวลงจากไม่ต่ำกว่า 70% เป็นไม่ต่ำกว่า 50% และลดค่าสัมปทานจากปีละ 1 พันล้านบาท เหลือ 230 ล้านบาท ซึ่งสำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีได้ยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการต่อศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองกลางได้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้น แต่บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้ยื่นอุทธรณ์ จนเรื่องไปถึงศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินให้การแก้ไขสัญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันรัฐเนื่องจากไม่ได้ทำตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐฯ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549 ซึ่งกรณีพิพาทก็ไม่ได้หยุดลงเนื่องจากต่อมาในปีพ.ศ. 2550 สำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีได้บอกเลิกสัญญากับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) และมีคำสั่งให้ไอทีวีชำระค่าปรับรวมกว่า 1 แสนล้านบาท[377] โดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นโจทก์ยื่นฟ้องไอทีวีฐานผิดสัญญาเรียกค่าเสียหายต่อศาลปกครอง ซึ่งบริษัทไอทีวีได้ต่อสู้ร้องศาลปกครองให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่สำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายและข้อสัญญา และโต้แย้งในความไม่ถูกต้องในการคำนวณค่าส่วนต่าง ดอกเบี้ย ค่าปรับมูลค่าทรัพย์สินที่ส่งมอบไม่ครบ และบริษัทฯ ขอเรียกค่าเสียหายจากสำนักงานปลัดนายกรัฐมนตรีและให้บริษัทได้กลับเข้าดำเนินการสถานีโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ต่อไปจนครบอายุตามสัญญา ซึ่งศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดก็ได้พิพากษาให้ตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทเรื่องค่าปรับตามคำขอ ทำให้ขณะนี้ (พ.ศ. 2559) คดีอยู่ระหว่างขั้นตอนอนุญาโตตุลาการชี้ขาดอีกรอบ[378]

- กรณีคดีโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้การทางพิเศษฯ แพ้คดีโดยชำระราคาที่เพิ่มสูงขึ้นให้กิจการร่วมค้า BBCD

---

[377] ซึ่งต่อมาได้มีการยึดคลื่นความถี่ของไอทีวีกลับคืนเป็นของรัฐ และให้ออกอากาศต่อในนามของสถานีโทรทัศน์ “ทีไอทีวี” (Thailand Independent Television) ซึ่งเป็นสถานีโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟที่อยู่ในการกำกับดูแลโดยกรมประชาสัมพันธ์ ผู้ได้รับมอบอำนาจการออกอากาศจากสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ในสถานะ “หน่วยงานรูปแบบพิเศษ” (Service Delivery Unit - SDU) โปรดดู ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ให้แปลงสภาพภารกิจการดำเนินกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงและสถานีวิทยุโทรทัศน์ให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐ ของกรมประชาสัมพันธ์ เป็นสำนักงานบริหารกิจการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ เฉพาะกิจ (หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ) พ.ศ. 2550 ในปัจจุบันสถานีโทรทัศน์ทีไอทีวี ได้ถูกโอนกิจการไปเป็นของ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 ในนามของสถานีโทรทัศน์ไทยพีบีเอส (Thai PBS) และมีสถานะเป็นสถานีโทรทัศน์สาธารณะ

[378] สำนักข่าวอิศรา, “พลิกแฟ้มคดีรัฐ VS เอกชน! ‘รบ.บิ๊กตู่’เตรียมสาง-ค่าโง่ 6.8 แสนล้าน ใครจ่าย?” เข้าถึงเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2559 จาก http://www.isranews.org/isranews-scoop/item/43620-bigtu_43620ddddddz.html

Ref. code: 25595601032187GRS

เนื่องจากการทางพิเศษฯไม่สามารถดำเนินการให้ผู้รับเหมาเข้าดำเนินการได้ จนการก่อสร้างล่าช้าไปและราคาเพิ่มขึ้นมาก ซึ่งต่อมาศาลฎีกาได้ตัดสินไม่รับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะสัญญาเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการทุจริตและการมีผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ลงนาม ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549

- กรณีคดีบริษัททางด่วนกรุงเทพ ซึ่งเป็นการพิพาทตามสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่สองระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย[379]และบริษัททางด่วนกรุงเทพในเรื่องการปรับอัตราค่าผ่านทางซึ่งเป็นค่าบริการ โดยมีการอนุญาโตตุลาการสองครั้ง ในครั้งแรกอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดว่าการประกาศการยกเลิกการขึ้นค่าผ่านทางนั้นชอบด้วยสัญญาแล้ว ในขณะที่อนุญาโตตุลาการชุดที่สองชี้ขาดให้การทางพิเศษฯต้องจ่ายค่าเสียหายให้บริษัททางด่วนกรุงเทพเนื่องจากการผิดสัญญาในเรื่องการขึ้นอัตราค่าผ่านทาง ซึ่งต่อมาศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11102/2551 ได้ตัดสินปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดที่สอง เนื่องจากเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งบังคับใช้ในขณะการชี้ขาด เนื่องจากเป็นคำชี้ขาดที่ซ้ำซ้อนกับผลคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชุดแรกที่ชี้ขาดประเด็นเดียวกันไปแล้ว

- กรณีคดีโฮปเวลล์ ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาโครงการก่อสร้างระบบการขนส่งรถไฟและถนนยกระดับ ระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยและกระทรวงคมนาคมกับบริษัทโฮปเวลล์ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟชดใช้ค่าก่อสร้าง เงินค่าตอบแทนและค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกัน เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิตามสัญญา แต่ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีได้ยื่นเรื่องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยหลังจากพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวตามกฎหมายแล้ว อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจที่รับเรื่องไว้วินิจฉัยชี้ขาดได้ จึงถือเป็นกรณีที่คำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 ของ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ศาลปกครองกลางจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทั้งสองฉบับทั้งหมด และมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำให้มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งในขณะนี้ (2559) คดีกำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด

- คดีโทลเวย์ ซึ่งเป็นการพิพาทกันตามสัญญาสัมปทานโครงการยกระดับดินแดง-ดอนเมืองระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีการใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี 2002 ซึ่งข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการที่บริษัท วอลเตอร์ บาว ซึ่งมีสัญชาติเยอรมันและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์ ร้อยละ 9.87 เรียกร้องให้รัฐบาลไทยชดใช้ค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานในหลายเรื่อง เช่น การอนุมัติแบบก่อสร้างล่าช้า การส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างล่าช้า การแทรกแซงการปรับอัตราค่าผ่านทาง การย้ายสนามบินนานาชาติดอนเมืองไปยังสุวรรณภูมิ

---

[379] มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ สังกัดกระทรวงคมนาคม ก่อตั้งขึ้นตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

Ref. code: 25595601032187GRS

และการทำโครงการอื่นๆแข่งขันกับโครงการตามสัมปทาน เป็นต้น กรณีนี้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตัดสินจากฐาน “การละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา” ซึ่งมิใช่สัญญาทางปกครองปกติ[380] โดยอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้รัฐบาลไทยต้องชดใช้ค่าเสียหายเนื่องจากไทยละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนไทย-เยอรมัน ซึ่งต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ไปดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลนิวยอร์กที่สหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นผลเนื่องมาจากผู้ฟ้องคดีทราบว่าหากยื่นดำเนินการขอบังคับตามคำชี้ขาดที่ศาลไทยจะมีปัญหาในเรื่องที่ศาลไม่บังคับให้ และผู้ฟ้องคดีก็อาศัยประโยชน์จากการที่ไทยเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards 1958) ซึ่งการดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลนิวยอร์กนั้นเอง นำมาซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดเครื่องบินซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนพระองค์ของเชื้อพระวงศ์ไทยในเวลาต่อมา[381]

---

[380] แสดงให้เห็นถึงประเด็นที่ว่าในปัจจุบัน จากกระแสโลกาภิวัฒน์ ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแบบดั้งเดิมตามความหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐนั้นค่อยๆลดบทบาทลง รัฐจะต้องสงวนอำนาจฝ่ายเดียวของตนลงเพื่อแลกกับการดึงเม็ดเงินลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งจะต้องมีระบบการคุ้มครองนักลงทุนที่มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และประกันว่าจะไม่มีการใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของรัฐละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน ซึ่งจะต้องหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ และการ ผู้เขียนมีความเห็นว่านักกฎหมายไทยควรจะต้องทบทวนและหาจุดที่ลงตัวเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” ซึ่งมีลักษณะเป็น “สัญญาของรัฐ” ประเภทหนึ่ง เช่นเดียวที่มีการศึกษาในเรื่อง สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (les contrats administratifs à caratère international) ในฝรั่งเศส และศาลปกครองไทยจะตรวจสอบสัญญาดังกล่าวมากน้อยเพียงใด

[381] สัญญาเดียวกันนี้ยังก่อให้เกิดข้อพิพาทจากกรณีที่มูลนิธิเพื่อผู้บริโภคได้ฟ้องต่อศาลปกครองกลาง ขอเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นข้อตกลงในการแก้ไขปัญหาการขาดทุนของบริษัททางยกระดับดอนเมือง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ซึ่งศาลปกครองกลางเห็นว่าการแก้ไขการเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงดังกล่าว ตามมติคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำที่เอื้อประโยชน์ให้บริษัททางยกระดับดอนเมืองเพียงฝ่ายเดียว และการจัดเก็บค่าผ่านทางสร้างภาระให้ประชาชนผู้บริโภคเกินสมควร จึงเป็นการไม่เหมาะสมในการยกเลิกผลประโยชน์การตอบแทนรัฐให้แก่เอกชน การขยายอายุสัมปทานและการยอมให้สามารถกำหนดราคาล่วงหน้าและขึ้นราคาได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากฝ่ายปกครอง ทำให้รัฐและประชาชนได้รับความเสียหาย ดังนั้นมติที่ประชุมคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 เม.ย. 2549 เฉพาะส่วนรับทราบข้อตกลงในการแก้ไขปัญหาการขาดทุนของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง และมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 เม.ย. 2550 เฉพาะส่วนที่ให้ความเห็นชอบร่างบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับที่ 3/2550 วันที่ 12 ก.ย. 2550 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คดีหมายเลขดำ ที่ 2038/2552, 206/2553 คดีหมายเลขแดงที่ 1951-1952/2558) ในขณะนี้ (2559) คดีดังกล่าวอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด คดีนี้แสดงให้เห็นถึงการฟ้องคดีโดยบุคคลภายนอกซึ่งเป็นประชาชนผู้บริโภคสามารถเพิกถอนข้อสัญญาที่

Ref. code: 25595601032187GRS

ผู้เขียนมีความเห็นว่าปัญหาของเรื่องการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้อยู่ที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองแพ้คดีบ่อย แต่เห็นว่าปัญหาเกิดจากที่แนวคิดในเรื่องพื้นฐานของสัญญาของฝ่ายปกครองของศาลภายในประเทศไทยนั้น แตกต่างกับอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นโดยเอกชนเป็นอย่างมากจากสภาพของการกำหนดประเด็นข้อพิพาท และการแพ้คดีก็ไม่ได้เกิดจากการใช้ระบบระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการ แต่แท้จริงแล้วเกิดจากระบบการทำสัญญาและการบริหารสัญญาที่ไม่รัดกุมมากกว่า ทางออกของปัญหาจึงอยู่ที่การกลับมาทบทวนบทบาทของศาลเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและออกแบบให้สอดคล้องกับบริบทของการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องทบทวนปัญหาในเรื่องของการวางระบบว่า “ศาล” ไม่ว่าศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองนั้น สมควรจะมีอำนาจมากน้อยเพียงใดในการบังคับตาม ปฏิเสธการบังคับตาม หรือแม้แต่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การตรวจสอบโดยศาลนั้นสมควรที่จะ “ลึก” ในระดับใด ซึ่งเป็นนิตินโยบายในการชั่งน้ำหนักระหว่างการรักษาผลประโยชน์ของรัฐและการสร้างความเชื่อมั่นของนักลงทุนเพื่อดึงดูดเม็ดเงินลงทุน โดยเฉพาะในกรณีของสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่จดทะเบียนต่างประเทศ ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่ไทยมีพันธกรณี รัฐจึงไม่อาจใช้หลักประโยชน์สาธารณะมาปกป้องประโยชน์ของรัฐได้เต็มที่ หากแต่จะต้องคำนึงถึงความรับผิดและบริบททางการเมืองระหว่างประเทศด้วย

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันนั้นไม่ได้มีการแบ่งแยกระบบชัดเจนระหว่างการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองที่คู่กรณีเป็นบุคคลภายในประเทศและการการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองที่คู่กรณีเป็นบุคคลที่จดทะเบียนต่างประเทศ จึงอาจทำให้ไทยอาจมีปัญหาในทางระหว่างประเทศได้ หากศาลได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาแนวทางในการตรวจสอบการอนุญาโตตุลาการของศาลไทยซึ่งยังไม่มีความแน่นอนแล้ว สมควรมีการศึกษาเปรียบเทียบและทบทวนว่าศาลนั้นสมควรจะวางบทบาทของตนเองอย่างไรในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ตัวอย่างคดีในขั้นต้นแสดงให้เห็นว่าศาลไทยนั้นมักจะตรวจสอบไปถึงเนื้อคดี โดยให้เหตุผลว่า การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แทนที่จะวางบทบาทเป็นผู้ตรวจสอบตามเกณฑ์ในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 วรรคสามของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 ซึ่งทำให้คดีที่พิจารณาไปแล้วในชั้นของอนุญาโตตุลาการต้องมาเริ่มกันใหม่ และเมื่อเวลาผ่านนานย่อมทำให้ค่าเสียหายทวีจำนวนขึ้น กลายเป็นปัญหาเรื้อรัง

แก้ไขใหม่ได้โดยตรงและกรณีที่ศาลควบคุมดุลยพินิจในการแก้ไขสัญญาของคณะรัฐมนตรีโดยตรง อย่างไรก็ตามคดีดังกล่าวยังไม่ถึงที่สุด ยังคงต้องรอดูต่อไปว่าศาลปกครองสูงสุดจะเห็นในแนวเดียวกันหรือไม่

Ref. code: 25595601032187GRS

อย่างไรก็ตาม “คดีคลองด่าน” ซึ่งเป็นแนวคำพิพากษาล่าสุดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย มีการให้เหตุผลตามเกณฑ์ในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 วรรคสามของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 โดยมิได้วินิจฉัยเข้าไปในเนื้อคดีที่พิพาทกัน

คดีคลองด่านเป็นการพิพาทตามสัญญาว่าจ้างรับเหมาก่อสร้างโครงการระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียคลองด่านซึ่งลงนามในปี พ.ศ. 2540 ระหว่างกรมควบคุมมลพิษ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและกิจการร่วมค้า NVPSKG ข้อเท็จจริงปรากฏว่าซึ่งโครงการดังกล่าวมีการก่อสร้างไปถึงร้อยละ 98 แล้ว แต่กรมควบคุมมลพิษนั้นแจ้งแก่ผู้รับเหมาว่าสัญญาเป็น “โมฆะ” เนื่องจากมีการทุจริตด้วยการแก้ไขเอกสารประมูลที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ชนะประมูล และมีผลประโยชน์ทับซ้อน ทั้งยังทำสัญญาโดยฝ่าฝืนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2539 และมีการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบด้วยการรวบรวมจัดซื้อที่ดินและนำไปออกโฉนดทับที่สาธารณะประโยชน์ และอ้างเรื่องความสำคัญผิดในสาระสำคัญในขณะเข้าทำสัญญา เนื่องจากแท้จริงแล้วคู่สัญญากิจการร่วมค้า NVPSKG ไม่มีบริษัท N (บริษัท นอร์ธเวสต์ วอเตอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล) ที่มีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญตามที่ฝ่ายปกครองกำหนดเข้าเป็นคู่สัญญา ทำให้กิจการร่วมค้า NVPSKG เสนอข้อพิพาทแก่คณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่ากรมควบคุมมลพิษผิดสัญญา

คณะอนุญาโตตุลาการจากสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ได้ชี้ขาดให้กรมควบคุมมลพิษแพ้คดี โดยชี้ขาดว่าสัญญาไม่เป็นโมฆะ และให้กรมควบคุมมลพิษชำระค่าจ้างตามสัญญา ทำให้กรมควบคุมมลพิษยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 วรรคสามของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 ในขณะเดียวกันกิจการร่วมค้า NVPSKG ก็ร้องขอให้ศาลปกครองบังคับตามคำชี้ขาดเช่นกัน

ศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสดที่ อ. 487-488/2557 โดยยกคำร้องของกรมควบคุมมลพิษ เนื่องจากไม่มีเหตุให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตราตามมาตรา 40 วรรคสามของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ซึ่งคำพิพากษาในคดีนี้ได้แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการสงวนตัวเองไม่ตรวจสอบลึกลงไปในเนื้อหาของคดี โดยเลือกที่วางหลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือแม้สัญญาหลักจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ แต่ข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการยังคงเป็นข้อสัญญาที่ยังคง “อยู่รอด” สมบูรณ์เป็นเอกเทศแม้ว่าสัญญาหลักจะเป็นโมฆะก็ตาม[382] คดีจึงมีประเด็นที่ศาลเพียงพิจารณาว่า (1) อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการและเกินคำขอของคู่พิพาทตามมาตรา 37 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ หรือไม่ และ (2) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีเหตุให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 วรรคสามหรือไม่ โดยไม่ต้องพิจารณาลึกลงไปในเนื้อหาว่าสัญญา

---

[382] เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 374* ,น. 50.

Ref. code: 25595601032187GRS

หลักจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ และ สัญญาอนุญาโตตุลาการก็มีผลผูกพันตามกฎหมาย และมีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว อีกทั้งคำชี้ขาดอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการและขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งยังไม่มีประเด็นเรื่ององค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือการโต้แย้งกระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งสามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย โดยที่ไม่ปรากฏว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลปกครองย่อมบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองหลักแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป สัญญาของฝ่ายปกครองไทยนั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส และปรากฏข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ในลักษณะเดียวกับ contrat administratif อย่างไรก็ตามสัญญาของฝ่ายปกครองไทยยังมีช่องว่างอยู่มากโดยเฉพาะในกรณีของสัญญาทางปกครอง ด้วยสภาพที่ไม่มีกฎเกณฑ์เฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ จึงต้องอาศัยการวางหลักโดยศาลปกครองสูงสุด ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของนิยามของสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ผลของสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง ซึ่งล้วนแล้วแต่มีแนววินิจฉัยที่ยังไม่ชัดเจน อย่างไรก็ตามการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่หลายอย่างซึ่งทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองระบบกฎหมายไทยเข้าใกล้ระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปและฝรั่งเศสมากขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของกฎเกณฑ์ในการทำสัญญา ซึ่งบทถัดไปจะเป็นการสรุปวิเคราะห์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายทั้งสามระบบ

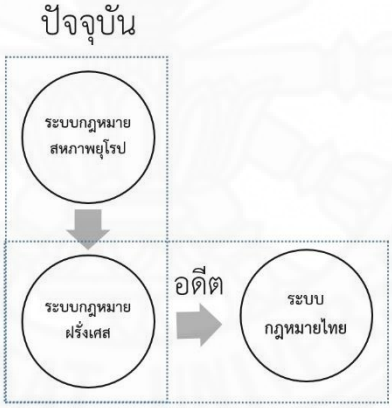
Ref. code: 25595601032187GRS

บทที่ 5
บทวิเคราะห์เปรียบเทียบและสภาพปัญหาในระบบกฎหมายไทย

ในบทนี้จะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และ สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย ก่อนที่จะระบุสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบสัญญาของฝ่ายปกครองของไทยในแต่ละประเด็น ซึ่งแบ่งออกเป็นการเปรียบเทียบในข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาของฝ่ายปกครอง

5.1 ข้อพิจารณาทั่วไป

การจะเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และ สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย จะต้องเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายทั้งสามระบบเสียก่อน ซึ่งเป็นไปตามแผนภาพดังนี้



ความสัมพันธ์ระหว่างมโนทัศน์เรื่องสัญญาของรัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เป็นไปในลักษณะที่ว่ากฎหมายสหภาพยุโรปนั้นก่อพันธกรณีให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตาม ประกอบกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยังมีผลเป็นการสร้างแนวปฏิบัติให้แก่รัฐภาคีสมาชิก ดังนั้นกฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (Public contract)[1] จึงเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและส่งผลกระทบอย่างยิ่งต่อแนวคิด Contrat administratif ที่มีอยู่เดิม ในลักษณะที่ต้องปรับตัวให้เข้ากับข้อความคิด

[1] ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาภาครัฐ (Public contract) ของสหภาพยุโรป นั้นไม่ได้รับข้อความคิดเกี่ยวกับ Contrat administratif ของฝรั่งเศส และไม่ได้มีความหมายในนัยยะของการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชน

Ref. code: 25595601032187GRS

ของสหภาพยุโรป (européanisation) [2] ซึ่งเกิดขึ้นในทุกช่วงชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการระบุนิยามของสัญญาบางชนิด การแบ่งประเภทสัญญาทางปกครอง การทำสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาและการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือการตรวจสอบสัญญาทางปกครอง จนถึงขนาดที่ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับการนิยาม contrat administratif แบบเดิมนั้นถูกตั้งคำถามถึงความเหมาะสมและจะต้องมีการทบทวนนิยามใหม่อีกครั้ง[3]

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างมโนทัศน์เรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายไทยนั้น เป็นในลักษณะที่เป็นการรับข้อความคิดผ่านทางนักวิชาการ ซึ่งจบการศึกษามาจากฝรั่งเศส แม้ว่าในช่วงก่อตั้งของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยจะมีบริบทของการศึกษากฎหมายเยอรมันหรืออังกฤษอยู่บ้าง ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังคงมีอิทธิพลหลักแสดงออกจากนิยามของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และเอกสารนำเสนอในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 จัดทำโดยโภคิน พลกุล ซึ่งต่อมาเป็นแนวทางหลักที่ศาลไทยใช้พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง ล้วนแล้วแต่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัด ในทางปฏิบัติคำพิพากษาของศาลปกครองและในทางตำราส่วนใหญ่ก็ได้มีการรับรองเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเช่นกัน

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่าระบบกฎหมายไทยยังคงมีความไม่ชัดเจนและมีปัญหาให้พิจารณาในหลายแง่มุม ไม่ว่าจะเป็นภารกิจของการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองนอกจากการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล นิยามของสัญญาทางปกครองที่กว้างขวางและไม่มีจุดตัดที่ชัดเจนระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน การขาดกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาทางปกครองในขั้นตอนตลอดช่วงชีวิตของสัญญาทางปกครอง ตั้งแต่กระบวนการเข้าทำสัญญา ซึ่งมีปัญหาในแง่ของสถานะทางกฎหมายและผลของการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของการทำสัญญา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ซึ่งปัจจุบันได้รับการแก้ไขปัญหาบางส่วนโดยพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560) พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ ไปจนถึงในขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญาในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีความชัดเจนในการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งในแง่ของการแก้ไขสัญญาและการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อีกทั้งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นความสัมพันธ์ของคู่สัญญาก็ยังขาดความชัดเจนอยู่มากว่าจะอนุโลมนำกฎหมายแพ่งมาใช้ได้มากน้อยเพียงใด และยังปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง ซึ่งขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและการถกเถียงในเชิงวิชาการ ว่าที่สุดแล้วในระบบกฎหมายไทยนั้นสาเหตุเงื่อนไขแห่งความไม่ชอบด้วย

---

[2] Rozen Noguellou, " L’ « européanisation » du droit des contrats administratif," Traité de droit administratif européen, ed. Jean- Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère (Bruxelles : Bruylant 2014 2e édition) p.1163

[3] โปรดดู Mathias Amilhat, La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union européenne, (Bruxelles : Bruylant 2014) ในหัวข้อ L’abandon probable de la notion de contrat administratif p.551-554

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายของสัญญาทางปกครองนั้นรวมถึงกรณีใดบ้าง และจะมีการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนของอำนาจในการทำสัญญาของเจ้าหน้าที่ได้มากน้อยหรือไม่เพียงใด และหากสัญญานั้นมีข้อบกพร่องเกิดขึ้น จะส่งผลทั้งต่อคู่สัญญาและบุคคลภายนอกเช่นไร ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อปัญหาในเรื่องการออกแบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง ว่าศาลจะมีอำนาจมากน้อยเพียงใด และใครจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ยังมิพักจะต้องกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางเลือกอย่างอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำให้ปัญหาทวีความซับซ้อนมากขึ้นโดยเฉพาะในกรณีที่สัญญาทางปกครองนั้นได้ยกระดับไปเป็นสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ปัญหาเหล่านี้ในระบบกฎหมายไทย ล้วนแต่รอคอยความกระจ่างซึ่งจะต้องอาศัยการวิเคราะห์ การศึกษาเปรียบเทียบ และการถกเถียงทางวิชาการอีกมาก จากการศึกษาเปรียบเทียบของผู้เขียนในบทที่ผ่านๆมา สามารถสรุปได้เป็นบทวิเคราะห์เปรียบเทียบในประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

5.2 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อความคิดเกี่ยวกับระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง

ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น สัญญาภาครัฐ (public contract) นั้นไม่ได้รับการนิยามในเชิงของการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชน นิยามของสัญญาภาครัฐในความหมายของสหภาพยุโรปนั้นมุ่งเพียงแต่การสร้างการค้าที่เสรีและเป็นธรรมในตลาดของการจัดหาภาครัฐเท่านั้น ขณะที่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทยนั้นมีมิติในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน และมีการพัฒนาข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองขึ้นมาเพื่อที่จะสร้างระบบสัญญาที่มีลักษณะพิเศษซึ่งรองรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เพื่อให้การบริการสาธารณะเป็นไปอย่างราบรื่น

หากพิจารณาในมุมของพัฒนาการของสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส นั้นมีการพัฒนาข้อความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองแยกออกต่างหากจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน หลังจากการเกิดขึ้นกฎหมายปกครองในฝรั่งเศส ซึ่ง Conseil d'État และนักวิชาการได้รังสรรค์ขึ้นโดยใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน จน contrat administratif เกิดเป็นสถาบันทางกฎหมายขึ้นมา ส่งผลต่อประเทศอื่นๆใกล้เคียงกับฝรั่งเศสและอาณานิคมของตน และยังส่งผลมาถึงสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยด้วย อย่างไรก็ดี contrat administratif มีอันต้องสั่นคลอน จากการที่ฝรั่งเศสเป็นผู้ร่วมก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Communities ; EEC) ในปี 1958 ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการสร้างตลาดร่วม[4] ที่รวมถึงตลาดในการจัดหาภาครัฐ (public procurement) และสัญญาภาครัฐ (Public contract) ด้วยเช่นกัน ซึ่งส่งผลต่อเนื่องมาถึงการออก Directive ตั้งแต่ปี 1966 และอีกหลายฉบับตามมาจนถึงปัจจุบัน ความผูกพันตามพันธกรณียิ่งแน่นแฟ้นขึ้น หลังจากที่ประชาคมยุโรปได้พัฒนามาเป็นสหภาพ

[4] John Pinder and Simon Usherwood, The European Union : A Very Short Introduction, (Hampshire : Ashford Colour Press Ltd) p.4

Ref. code: 25595601032187GRS

ยุโรปในเวลาต่อมา และมีแนวโน้มจะขยายไปถึงสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในอนาคต อิทธิพลของข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรปส่งผลให้เกิดการแก้กฎหมายภายในของฝรั่งเศสหลายครั้ง ไม่ว่าจะเป็นการแก้ประมวลกฎหมายพัสดุ (code des marché publics) การสร้างรูปแบบการพิจารณาคดีขึ้นใหม่ และวิธีการขอคุ้มครองชั่วคราว ได้แก่ référé precontractuel และ référé contractuel และยังส่งผลต่อการแบ่งประเภทของสัญญาและกฎหมายที่บังคับกับสัญญาในสัญญาบางชนิด เช่น สัญญาที่ทำขึ้นโดยวิสาหกิจเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ซึ่งไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือเป็นสัญญาภาครัฐตามความหมายของสหภาพยุโรป[5] ทำให้ต้องมีการตีความการทำสัญญาของหน่วยงานดังกล่าวให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายของสหภาพยุโรป ในขณะที่ประเทศไทยนั้นไม่ได้รับอิทธิพลใดๆจากฝรั่งเศสและการแก้ไขกฎหมายของฝรั่งเศสใดๆอีก หลังจากที่ได้พัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นรูปธรรมภายหลังจากการก่อตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2542 และเริ่มพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของตนจากการวางหลักของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล จากที่แต่เดิมในระบบกฎหมายไทยไม่ได้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ที่เรียกกันโดยรวมว่า “สัญญาของทางราชการ”

เมื่อพิจารณาในมุมของการแบ่งประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น ได้แบ่งสัญญาภาครัฐในความหมายอย่างกว้างออกเป็นสามลักษณะใหญ่ คือ (1) สัญญาจัดหาภาครัฐ (Public procurements) ในกิจการทั่วไป (2) สัญญาจัดหาภาครัฐในกิจการพิเศษเกี่ยวกับสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย (Utilities Procurement) และ (3) สัญญาสัมปทาน (concession) ซึ่งจุดตัดระหว่างสัญญาจัดหากับสัญญาสัมปทานในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นอยู่ที่การโอน “ความเสี่ยง”ในการบริหารกิจการมาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน สัญญาที่ทำโดยฝ่ายปกครองของรัฐภาคีสมาชิกนั้นจะอยู่ในการบังคับของสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ในฐานะหลักการทั่วไปในเรื่องพันธกรณีในการเคารพหลักตลาดเสรี และตกจะอยู่ใต้บังคับของ Directive 2014/23/EU, Directive 2014/24/EU และ Directive 2014/25/EU หากมีมูลค่า (threshold) และเนื้อหาของสัญญาตามที่ Directive กำหนด

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนนั้น แบ่งออกเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนโดยสภาพ กล่าวคือสัญญาของหน่วยงานทางปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง และสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนด้วยการกำหนดด้วยกฎหมาย ในขณะที่สัญญาทางปกครองนั้น สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นเอกชนที่ได้รับมอบหมายภารกิจทางปกครองและเนื้อหาของสัญญาเกี่ยวกับ “บริการสาธารณะ”หรือมี “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏทั่วไปในสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน” ซึ่งเรียกได้ว่าเป็น “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” แต่ด้วยความไม่ชัดเจนของการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนด้วยเกณฑ์เนื้อหาดังกล่าว จึงมีการบัญญัติกฎหมายให้สัญญาบางชนิดเป็นสัญญาทางปกครอง ที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดโดยกฎหมาย” ซึ่งมีตัวอย่างสำคัญคือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ

---

[5] Rozen Noguellou, *infra note* 2, p.1169

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นแบ่งออกได้เป็นสี่ชนิด คือ สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (les marché public) สัญญามอบหมายให้เอกชนร่วมจัดทำบริการสาธารณะ(les délégation de service public) สัญญาเกี่ยวกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (les contrats d'occupation du domaine publique) และสัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงาน (les contrat de recrutement d'agents publics) ซึ่งสองชนิดแรกเป็นสัญญาทางปกครองที่มีความสำคัญที่สุด อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภทดังกล่าวยังไม่อาจครอบคลุมสัญญาลักษณะใหม่ที่มีลักษณะซับซ้อนขึ้น เช่น สัญญาความร่วมมือระหว่างเอกชนและรัฐ (contrats de parteneriat) ซึ่งประกอบด้วยสัญญาย่อยหลายๆสัญญา สำหรับสัญญาที่เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครองนั้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โดยให้เหตุผลว่าสัญญาอุปกรณ์ย่อมมีสถานะเช่นเดียวกับสัญญาหลัก

ในระบบกฎหมายไทย ไม่ปรากฏการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนเป็นพิเศษ และไม่มีการใช้กฎหมายกำหนดให้สัญญาใดเป็นสัญญาในระบบเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง สำหรับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นมีนิยามในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ" ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ซึ่งเพิ่มหลักเกณฑ์ในเรื่องที่ว่า สัญญาทางปกครอง อาจเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ทำให้สัญญาทางปกครองในประเทศไทยนอกจากจะประกอบไปด้วยสัญญาที่กฎหมายกำหนดเป็นตัวอย่างในมาตรา 3 ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแล้ว ยังประกอบไปด้วยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เช่น สัญญาที่มีข้อสัญญาที่แสดงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาใดๆซึ่งปรากฏลักษณะของการมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยในบทที่สี่ พบว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น มีการทับซ้อนและความไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยไม่มีการระบุโดยกฎหมายให้เป็นสัญญาทางปกครองดังเช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส จึงเกิดการอาศัยตีความว่าหากพัสดุดังกล่าวเป็นพัสดุที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานแล้ว สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะและยังปรากฏการทับซ้อนกันระหว่างสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคในกรณีสัญญาจ้างก่อสร้างหรือซ่อมแซมอาคารของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีการตีความว่าสัญญาดังกล่าวเป็น

Ref. code: 25595601032187GRS

การสร้างอาคารเพื่อจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ซึ่งก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนที่สะท้อนให้เห็น การแบ่งประเภทสัญญาทางปกครองที่ไม่เหมาะสมในทางทฤษฎี

นอกจากนั้นการให้ความหมายของสัญญาสัมปทานในระบบกฎหมายไทยยังไม่ตรงกับนิยามสากล กล่าวคือไม่ได้มีลักษณะของการเอา ความเสี่ยงที่โอนไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในระบบกฎหมายไทย ศาลได้เคยวางหลักไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 49/2549 ว่าสัญญาสัมปทานเป็น สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้เอกชนลงทุนในกิจการด้านสาธารณูปโภค ซึ่งให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนเป็นการตอบแทน ซึ่งเป็นนิยามที่ไม่ครอบคลุมลักษณะของสัมปทานเท่าใดนัก นอกจากนั้นสัญญาสัมปทานยังมีลักษณะที่ใกล้เคียงทับซ้อนกับสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นอย่างมาก จนยากที่จะระบุประเภทของสัญญาทางปกครอง ในหลายกรณียังปรากฏลักษณะคำพิพากษาที่ไม่ระบุว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองประเภทใด ซึ่งได้ศึกษามาแล้วอย่างละเอียดในบทที่สี่

นอกจากนั้น นิยามของสัญญาทางปกครองยังขยายออกไปกว้างขวางอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในสัญญาเกี่ยวกับให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากในการทำภารกิจของฝ่ายปกครองด้วยเครื่องมือสัญญาทางปกครองนั้น ย่อมมีความเกี่ยวโยงกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย จึงอาจสามารถตีความให้เป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะได้เกือบทั้งหมด เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการให้เหตุผลลึกลงไปในการตีความวัตถุแห่งสัญญาที่เกี่ยวกับการ“บริการสาธารณะ” นั้นเป็นเช่นไร ในขณะที่ฝรั่งเศสมีการตีความไปในสามแนวทางคือ สัญญานั้นมีวัตถุแห่งสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งรัฐมีหน้าที่โดยตรงเป็นสัญญาการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงนั้นแทนรัฐ หรือเพื่อกำหนดวิธีการหรือก่อรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะ แม้ว่าเกณฑ์ดังกล่าวจะมีความคลุมเครืออยู่บ้าง แต่ก็ชัดเจนกว่าในระบบกฎหมายไทย ซึ่งตีความเลยไปถึงว่าสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุหรือก่อสร้างอาคารอาจเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หากพัสดุนั้นมีความสำคัญในการบริการสาธารณะ ซึ่งการตีความเช่นนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเลย

ภารกิจของสัญญาทางปกครองไทยนั้น ยังไม่ปรากฏลักษณะภารกิจอื่นใดในทางรูปธรรม นอกจากการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล โดยให้สัญญาทางปกครองมาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งใช้ระบบพิจารณาคดีแบบไต่สวน เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการวางหลักในรายละเอียดในเรื่องการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของรัฐในการแก้ไขสัญญาหรือการเลิกสัญญา หรือหลักการที่ปรากฏลักษณะของการใช้กฎหมายปกครองเป็นพิเศษ นอกเสียจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งมีกฎหมายและระเบียบภายในกำหนดเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นปัญหาที่จะกล่าวต่อไป

5.3 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง

ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจในการทำสัญญาของเจ้าหน้าที่ไว้ เนื่องจากกฎหมายของสหภาพยุโรปไม่ได้มีบริบทในเชิงกฎหมายปกครองในทำนองเดียวกับกฎหมายภายในรัฐ กฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องสัญญาภาครัฐเพียงกำหนดให้รัฐสมาชิกประกันว่า ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกัน

Ref. code: 25595601032187GRS

(equally) โดยไม่เลือกปฏิบัติ (without discrimination) ภายใต้หลักความโปร่งใส (transparency) และหลักความได้สัดส่วน (proportionality) ในลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองลง ด้วยการกำหนดหน้าที่ในการโฆษณาการทำสัญญา หลักเกณฑ์ในการกำหนดรายละเอียดของโครงการ (Specification) วิธีการในการเลือกคู่สัญญา หลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้ที่ได้เข้าทำสัญญากับรัฐ (Contract Award Criteria) และพันธกรณีในการเคารพหลักการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดสัญญาภาครัฐ

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการทำสัญญา โดยหลักแล้วหน่วยงานที่มีอำนาจในการทำสัญญาจะต้องเป็นนิติบุคคลมหาชนซึ่งมีขอบอำนาจและวัตถุประสงค์ ในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางปกครอง ไม่เช่นนั้นอาจส่งผลร้ายแรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญาจนทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้ ส่วนผู้ที่มีอำนาจในการลงนามสัญญานั้น โดยหลักหากเป็นสัญญาซึ่งรัฐ (État) เป็นคู่สัญญาแล้ว ผู้ที่มีอำนาจในการลงนามจะได้แก่รัฐมนตรี แต่หากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยสัญญาที่ทำขึ้นโดยจังหวัด (département) อำนาจในการลงนามเป็นของนายกสภาจังหวัด (president du conseil général) ในกรณีของเทศบาล (Commune) ย่อมเป็นอำนาจของนายกเทศมนตรี ซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมจากสภาเทศบาลด้วย ในส่วนของการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดวิธีการเข้าทำสัญญาและวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นพิเศษ ในกรณีของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ จะถูกจำกัดโดยประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des marché publics) ซึ่งปัจจุบันถูกแก้ไขให้สอดคล้องกับสหภาพยุโรปทุกประการ ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์การกำหนดโครงการ การประกาศโฆษณาการทำสัญญา การใช้วิธีการคัดเลือกคู่สัญญา การเลือกผู้ชนะให้เข้าทำสัญญา ในขณะที่สัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนจะเป็นไปตามรัฐบัญญัติหรือรัฐกำหนดพิเศษต่างๆ แล้วแต่กรณี

ส่วนในระบบกฎหมายไทย ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการทำสัญญานั้นจะต้องมีสภาพบุคคล และด้วยสภาพที่ในระบบกฎหมายไทย รัฐนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายใน ที่จะเป็นคู่สัญญาได้โดยตรง แต่สถานะนิติบุคคลนั้นกลับไปอยู่ที่หน่วยงานทางปกครองต่างๆ ทำให้หน่วยงานต่างๆสามารถทำสัญญาได้ในนามของตน ส่วนผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาโดยหลักจะเป็นผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานนั้นซึ่งเป็นผู้มีอำนาจทำแทนหน่วยงาน และในกรณีสัญญาทางปกครองสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาปกครองได้ก็ต่อเมื่อ ผู้ทำสัญญานั้นเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือ “บุคคลที่กระทำแทนรัฐ“ตามความหมายของมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ไม่เช่นนั้นสัญญาอาจกลายเป็นสัญญาในทางแพ่งหรือสัญญาซึ่งทำในนามของผู้แทนบุคคลนั้นเป็นการส่วนตัว

ในส่วนของการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญานั้นในระบบกฎหมายไทย ในกรณีของสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาหรือการพัสดุ ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีขอบเขตใช้บังคับกับ “ส่วนราชการ” และระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุอื่นๆซึ่งบังคับใช้กับหน่วยงานนั้นๆ ซึ่งกำหนดวิธีการในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างละเอียด และได้กำหนดตัวอย่างสัญญาแนบท้ายระเบียบในทำนองเดียวกับ Cahier des charges ในระบบ

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายฝรั่งเศส การจัดหา (procurement) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สามารถทำได้ทั้งหมด 5 วิธี ได้แก่ การซื้อหรือการจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบคุมงาน การแลกเปลี่ยน และการเช่า ซึ่งแตกต่างกับวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาของสหภาพยุโรปและฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก เพราะในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีมโนทัศน์ในการเคารพหลักการแข่งขันทางการค้าในระดับที่เข้มข้นเท่ากับสหภาพยุโรป นอกจากนั้นการทำสัญญาของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการพัสดุในระบบกฎหมายไทยยังมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนผลิตภัณฑ์คนชาติ มากกว่าที่จะเปิดตลาดเสรีด้านการค้าในตลาดสัญญาภาครัฐ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ใกล้เคียงกับสหภาพยุโรปมากขึ้น หลังจากที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ซึ่งเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็น นิยามของการจัดซื้อจัดจ้าง หลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดหน้าที่ในการโฆษณาประกาศเชิญชวนการของหน่วยงานรัฐ การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง การกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ยื่นข้อเสนอ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อเสนอ การจำกัดและจัดลำดับบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอตามลำดับคะแนน ระยะเวลายืนที่ห้ามฝ่ายปกครองลงนามในสัญญา การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และยังเปลี่ยนแปลงกระบวนการและวิธีการจัดซื้อจัดจ้างเป็น วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป วิธีคัดเลือกและวิธีเฉพาะเจาะจง ซึ่งมีลักษณะที่สอดคล้องกับวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและสหภาพยุโรป และยังกำหนดวสภาพบังคับเพิ่มเติมในกรณีที่มีการทำสัญญาที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ให้สัญญาหรือกระบวนการแก้ไขสัญญานั้นตกเป็น “โมฆะ” หากการฝ่าฝืนนั้นเป็นส่วนที่เป็น“สาระสำคัญ” หรือ “ผิดพลาดร้ายแรง”

ส่วนในกรณีของสัญญาสัมปทานและสัญญาร่วมทุนนั้น ในระบบกฎหมายไทยมีกฎเกณฑ์ในระดับพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์การทำสัญญา ได้แก่ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งมีหลักเกณฑ์รากฐานที่แตกต่างจากแนวคิดของสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (contrat de parteneriat) ในหลายประการ กล่าวคือ ในระบบกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเป็นอย่างยิ่ง โดยมุ่งควบคุม “การร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ซึ่งเรียกว่า “โครงการ” และได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอนพิเศษสำหรับโครงการที่มีมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ซึ่ง “การร่วมลงทุน” นั้นก็มีความหมายกว้างหมายความถึงการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด ทั้งยังรวมถึงการมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือการให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ในขณะที่ contrat de parteneriat ของฝรั่งเศสนั้นเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งรัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐมอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาเข้ามามีส่วนในจัดทำภารกิจโดยรวมเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการออกแบบ การก่อสร้าง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพัฒนา การให้บริการ การจัดการและการดูแลรักษาโครงการ ภายในระยะเวลาหนึ่ง ฝ่ายปกครองในฝรั่งเศสจะมีเงื่อนไขในการใช้สัญญาประเภทนี้อย่างจำกัด ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งในสามประการคือ (1) โครงการนั้นมีความซับซ้อนมากจนทำให้ฝ่ายปกครองต้องอาศัยความร่วมมือจากเอกชน (2) เป็น โครงการเร่งด่วน หรือ (3) มีความคุ้มค่ามากกว่าการใช้วิธีอื่น ในขณะที่ฝ่ายปกครองไทยนั้นไม่มีข้อจำกัดในการร่วมทุนกับเอกชน

Ref. code: 25595601032187GRS

เพียงแต่การร่วมทุนจะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็ต่อเมื่อมีมูลค่าสัญญาสูงกว่า 1 พันล้านบาทขึ้นไป ซึ่งลักษณะของการกำหนดมูลค่าของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุนนั้นไม่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสนิยามความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในลักษณะของกระทำของคู่สัญญาโดยไม่มีมูลค่าขั้นต่ำ แต่ถ้าหากสัญญาความร่วมมือนั้นประกอบด้วยสัญญาย่อยที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะหรือการจัดซื้อจัดจ้าง หากมูลค่าของสัญญานั้นถึงเกณฑ์ที่สหภาพยุโรปกำหนด การทำสัญญาย่อยดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดหาภาครัฐของสหภาพยุโรปเช่นกัน นอกจากนั้น contrat de parteneriat ของฝรั่งเศสนั้น ยังใช้เกณฑ์ในเรื่องของ “การแบ่งปันความเสี่ยง” ไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในระบบกฎหมายไทยนั้นยังคงต้องพัฒนาข้อความคิดของ “การร่วมทุน” ตามความหมายของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ให้มากกว่าบริบทในด้านการปราบปรามการทุจริตหรือเพียงแค่แต่งตั้งคณะกรรมการหลายชุดขึ้นมาตรวจสอบอย่างละเอียด

ในระบบกฎหมายไทยยังมีปัญหาในเรื่องของการระบุสถานะทางกฎหมายของระเบียบการพัสดุ และการกำหนดผลของสัญญาเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในระเบียบการพัสดุหรือพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในส่วนของการเปรียบเทียบสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่อง

5.4 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป แม้โดยหลักแล้วกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปไม่ได้มีผลไปถึงขั้นตอนการบริหารสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา แต่เพื่อการบังคับให้เป็นไปตามพันธกรณีของสหภาพยุโรปในเรื่องการแข่งขันในตลาดร่วมอย่างเสรีเป็นธรรมที่เคารพสิทธิมนุษยชน สหภาพยุโรปจึงเรียกร้องให้รัฐสมาชิกจะต้องมีมาตรการในการประกันว่าการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการเศรษฐกิจจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสังคม และกฎหมายแรงงานของสหภาพยุโรป และยังควบคุมการช่วงสัญญา การแก้ไขสัญญา และการเลิกสัญญา เพื่อให้แน่ใจว่าหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาที่สหภาพยุโรปได้รับการปฏิบัติตามและไม่มีการเลี่ยงกฎหมายโดยอ้อมหลังจากที่ลงนามในสัญญาไปแล้ว ด้วยการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา หรือแก้ไขสัญญาจนเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญไป

กฎหมายสหภาพยุโรป ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาอย่างละเอียด ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า การแก้ไขสัญญาภาครัฐที่เปลี่ยนแปลงมูลค่าของสัญญาเกินกว่ากรณีที่กฎหมาย

Ref. code: 25595601032187GRS

กำหนด[6] จะทำได้โดยไม่ต้องเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ก็ต่อเมื่อ (1) มีข้อสัญญาเดิมกำหนดให้คู่สัญญามีการทบทวนและแก้ไขสัญญากันและการแก้สัญญานั้นจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวมของสัญญาเดิม หรือ (2) เป็นเรื่องในทางเทคนิคที่ต้องการ วัสดุ การบริการ การติดตั้งจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายเดิม และหากมีการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญาจะก่อความไม่สะดวกอย่างยิ่ง และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น โดยการแก้ไขสัญญานั้นจะเป็นการเพิ่มราคาของสัญญาได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม หรือ (3) เป็นในการแก้ไขสัญญาเนื่องจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งการแก้ไขสัญญาจะต้องไม่ทำให้สภาพโดยรวมเปลี่ยนไป และการแก้ไขสัญญานั้นจะเป็นการเพิ่มราคาของสัญญาได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม หรือ (4) เป็นการแก้ไขสัญญาเปลี่ยนตัวคู่สัญญาที่มีข้อสัญญาชัดแจ้งกำหนดให้ทำได้ หรือเป็นกรณีที่มีการสืบสิทธิโดยทั้งหมดหรือบางส่วนของคู่สัญญาเดิม (5) เป็นการแก้ไขสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญ[7] กรณีนอกจากนี้หากมีการแก้ไขสัญญา ฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการเลิกสัญญาดังกล่าว เพื่อเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่

ส่วนกฎเกณฑ์ในการเลิกสัญญาภาครัฐ สหภาพยุโรปได้กำหนดให้รัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการประกันว่าฝ่ายปกครองจะสามารถเลิกสัญญาได้ ภายใต้สถานการณ์และเงื่อนไขภายใต้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกเมื่อเกิดกรณี (1) เมื่อสัญญาถูกแก้ไขในสาระสำคัญ (substantial modification) (2) เมื่อปรากฏว่าในขณะที่คัดเลือกคู่สัญญา คู่สัญญานั้นมีคุณสมบัติต้องห้าม หรือ (3) เมื่อสัญญาถูกทำขึ้นโดยกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ (serious infringement) ของสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) และDirective อย่างร้ายแรง

---

[6] การแก้ไขสัญญาที่มีมูลค่าการแก้ไขสัญญา (value of modification) ต่ำกว่ามูลค่าสัญญา (thresholds) ที่อยู่ในขอบเขตของ Directive และ มูลค่าของการแก้ไขสัญญานั้นต่ำกว่าร้อยละ 10 ของราคาสัญญาบริการเดิม หรือราคาสัญญาจัดซื้อจัดหาเดิม หรือราคาสัญญาสัมปทานเดิม หรือต่ำกว่าร้อยละ 15 ของสัญญาโยธาสาธารณะเดิม สามารถทำการแก้ไขได้โดยไม่ต้องเปิดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ โดยมีเงื่อนไขว่าการแก้ไขดังกล่าวจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวมของสัญญาเดิม ตามวรรคสองของ มาตรา 72 ของ Directive 2014/24/EU มาตรา 89 ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 43 ของ Directive 2014/23/EU

[7] การแก้ไขสัญญาที่เป็น “สาระสำคัญ” เช่น การแก้ไขสัญญาที่เป็นการอนุญาตให้ผู้ประกอบการเศรษฐกิจรายอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาให้เข้ามาสัญญา เว้นแต่จะได้ทำตามมาตรการซึ่งระบุไว้ในข้อสัญญาและประกาศเชิญชวนให้เข้าทำสัญญา หรือเป็นการรับข้อเสนอที่ไม่ปรากฏในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเดิม การแก้สัญญาที่เป็นการเอื้อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ให้กับคู่สัญญาเป็นพิเศษ (change the economic balance in favour of the contractor) การแก้ไขสัญญาที่เป็นการขยายขอบเขตของสัญญาไปมาก และการแก้ไขสัญญาที่มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญานอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 72(1) (d) ของ Directive 2014/24/EU มาตรา 89 (1) (d) ของ Directive 2014/25/EU และ มาตรา 43 (1) (d) ของ Directive 2014/23/EU

Ref. code: 25595601032187GRS

ซึ่งถูกศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปประกาศ (declared) ตามกระบวนการ “Infringement procedure” ตามมาตรา 258 ของ TFEU

ส่วนกฎเกณฑ์ในการช่วงสัญญา กฎหมายสหภาพยุโรปยังเปิดช่องให้ รัฐสมาชิกยังมีสิทธิในการใช้กฎหมายภายในกำหนดห้ามการช่วงสัญญาบางชนิดหรือในสัดส่วนใดๆ ภายใต้การเคารพหลักกฎหมายทั่วไปของ TFEU และกำหนดกฎเกณฑ์เพิ่มเติมให้รัฐสมาชิกบังคับให้ ผู้รับช่วงสัญญาจะต้องการประกันว่าการปฏิบัติตามสัญญาของตนจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสังคม และกฎหมายแรงงานในทำนองเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาช่วง และกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ที่จะรับช่วงสัญญาในทำนองเดียวกับคุณสมบัติต้องห้ามของคู่สัญญา นอกจากนั้นรัฐสมาชิกยังอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถชำระเงินในงานที่เป็นส่วนของผู้รับช่วงสัญญา (subcontractors) ให้กับตัวคู่สัญญาหลัก (the main contractor) ได้โดยตรง โดยที่คู่สัญญาหลักยังคงมีความรับผิด (liability) ในงานที่ช่วงไปทุกประการ

กฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปในส่วนของการแก้ไขสัญญาและเลิกสัญญานั้นมีผลกระทบโดยตรงต่อระบบสัญญาของฝ่ายปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสัญญาทางปกครอง ทั้งกรณีที่คู่สัญญาตกลงแก้ไขสัญญา และกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาและเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ทำให้ฝรั่งเศสต้องปรับการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ดังกล่าวลง เพื่อหลีกเลี่ยงต่อการผิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรป จนอาจทำให้ข้อความคิดเกี่ยวกับ Contrat administratif เดิมที่ให้อำนาจเอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองถูกลดทอนบทบาทไปอย่างมีนัยยะสำคัญ เช่น ในกรณีของการฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินในสัญญา (Le réablissement de l’équilibre financier du contract) ซึ่งเป็นการที่ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าทดแทน (indemnisation) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อรักษาดุลยภาพทางการเงินของสัญญาเอาไว้ โดยไม่ปล่อยให้เอกชนต้องล้มละลายจากการที่ต้องแบกรับภาระจากเหตุการณ์ต่างๆที่กระทบกับการปฏิบัติตามสัญญา อาจถือเป็นการแก้ไขสัญญาเพื่อช่วยเหลือคู่สัญญาโดยรัฐได้ (state-aid) ซึ่งจะถูกควบคุมลงไม่ให้การชดใช้นั้นทำให้ราคาของสัญญาเปลี่ยนไปเกินร้อยละ 50 และจะเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวมของสัญญาไม่ได้ หรือการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวย่อมต้องคำนึงถึงมูลค่าของการแก้ไขสัญญาตามที่กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนด อย่างไรก็ตามหากเป็นการแก้ไขสัญญาหรือเลิกสัญญาเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาหรือเลิกสัญญาอยู่ เพียงแต่ต้องมีการใช้ค่าทดแทนหรือค่าเสียหายโดยเคารพหลักการทั่วไปของ TFEU

การแก้ไขสัญญาและการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเองก็มีกฎเกณฑ์ซึ่งวางโดยศาลปกครองสูงสุดเช่นกัน Conseil d’Etat ได้วางหลักไว้ว่าการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องไม่เป็นการเข้าลักษณะการทำสัญญาขึ้นใหม่ และจะแก้ไขข้อสัญญาเกี่ยวกับภาระด้านการเงิน (les clause financières du contrat) ไม่ได้ ทั้งยังต้องแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาแล้ว จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายตามทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (fait du prince) ส่วนการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวจะถูกจำกัดว่า

Ref. code: 25595601032187GRS

จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และจะต้องชดใช้ค่าชดเชยให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายเช่นกัน

ส่วนกฎเกณฑ์ในการทำสัญญาช่วง (les sous-contrats) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ยังไม่ถูกผลกระทบจากกฎหมายสหภาพเท่าใดนัก เนื่องจากสหภาพยุโรปเปิดช่องให้รัฐยังคงบังคับใช้กฎหมายภายในได้โดยไม่ขัดกับหลักการทั่วไปของ TFEU แต่ในส่วนของการการโอนสัญญา (la cession des contrats) ซึ่งจะต้องพิจารณาตามกฎเกณฑ์ในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญานั้น เข้าข่ายเป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญตามความหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งจะทำได้โดยไม่ต้องเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่ก็ต่อเมื่อเป็นการแก้ไขสัญญาเปลี่ยนตัวคู่สัญญาที่มีข้อสัญญาชัดแจ้งกำหนดให้ทำได้หรือเป็นกรณีที่มีการสืบสิทธิโดยทั้งหมดหรือบางส่วนของคู่สัญญาเดิมเท่านั้น

ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้กับสัญญาย่อมเป็นกฎหมายเอกชนในทำนองเดียวกับสัญญาของเอกชนทุกประการ แต่ในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ยังไม่มีการพัฒนาหลักการเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ในทางปฏิบัติจึงมีการปรับใช้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสัญญาทางปกครองเท่าที่จะปรับได้ตามสภาพของเรื่อง อย่างไรก็ตามทางตำราและแนวปฏิบัติของศาลปกครองได้ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างชัดเจน การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายในระบบกฎหมายไทยนั้นปรากฏทั้งในกฎหมายเฉพาะและคำพิพากษาของศาล ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการควบคุมคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แม้จะมีลักษณะที่แตกต่างกับฝรั่งเศสอยู่บ้างตามที่ได้กล่าวไปในบทที่แล้ว รวมถึงการฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินของคู่สัญญา การแก้ไขสัญญาและการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อเจตนาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันไว้ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียไป โดยต้องคำนึงถึงดุลยภาพทางการเงินในสัญญาและความเป็นธรรมด้วย อันเป็นหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางไว้ใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2554 ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างชัดเจน

ในกรณีของการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ศาลไทยมีแนวโน้มในการปรับใช้อำนาจเอกสิทธิ์ดังกล่าวในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วไป โดยฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย ให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งเป็นหลักการที่วางไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองตามรอยระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ส่วนการแก้ไขสัญญาและการเลิกสัญญาด้วยการตกลงกันของคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้น เป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการใช้สิทธิตามสัญญานั้น ซึ่งแต่เดิมถูกควบคุมด้วย

Ref. code: 25595601032187GRS

ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 138 ซึ่งฝ่ายปกครองจะสามารถตกลงเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์ราชการหรือแก้ไขข้อเสียเปรียบของราชการเท่านั้น ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกแทนที่ด้วย มาตรา 97 ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งวางหลักให้สัญญาที่ลงนามไปแล้ว จะทำการแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่เป็น (1) การแก้ไขหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองได้ส่งสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบย้อนหลัง แล้วสำนักงานอัยการสูงสุดมีความเห็นให้แก้ไขสัญญา หรือ (2) เป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญา ซึ่งจะไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ หรือ (3) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หรือกรณีอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งไม่มีการกล่าวถึงอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

ส่วนประเด็นในเรื่องการช่วงสัญญาและการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ในระบบกฎหมายไทยได้อนุโลมนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับ ซึ่งอาจมีกฎหมายหรือระเบียบภายในห้ามการช่วงสัญญาและการโอนสิทธิเรียกร้องในบางกิจการ การห้ามดังกล่าวยังคงมีสถานะทางกฎหมายไม่แน่ชัด สำหรับสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่ได้ห้ามการทำสัญญารับช่วงอย่างเด็ดขาด แต่ได้กำหนดฝ่ายปกครองทำสัญญาโดยให้มีข้อสัญญา “ห้าม” คู่สัญญาไปจ้างช่วงให้ผู้อื่นทำอีกทอดหนึ่ง ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เว้นแต่การจ้างช่วงแต่บางส่วนซึ่งได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญา และให้มีการกำหนดค่าปรับในสัญญา เท่ากับว่ากฎหมายได้เปิดช่องให้มีการทำสัญญารับช่วงในสัญญาได้ เพียงแต่จะต้องมีการกำหนดให้มีค่าปรับสำหรับการฝ่าฝืนข้อตกลงห้ามรับจ้างช่วง เป็นจำนวนเงินไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของวงเงินของงานที่จ้างช่วงตามสัญญา

ปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยในการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นส่วนใหญ่จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับกรณีพิพาทซึ่งต้องอาศัยการวางหลักโดยศาลปกครองเป็นกรณีไป ปัญหาในทางปฏิบัตินั้นมักจะเป็นการพิพาทกันเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา เพื่อที่จะให้คู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญากันนั่นเอง ซึ่งปัญหานี้จะเกี่ยวโยงกับเรื่องอำนาจของศาลปกครองเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย

5.5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาของฝ่ายปกครอง

ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ไม่ได้กำหนดผลของสัญญาซึ่งทำขึ้นหรือแก้ไขโดยโดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญา เพียงแต่กำหนดให้รัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการสั่งให้ฝ่ายปกครองไปทำการเลิกสัญญาหลังจากที่มีการประกาศความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป การกำหนดผลดังกล่าวมีผลกระทบรุนแรงน้อยกว่าความเป็นโมฆะของสัญญาอย่างเห็นได้ชัด นับเป็นการประนีประนอมและหลอมรวมระบบที่แตกต่างในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองที่ยังคงแตกต่างกันในรัฐสมาชิก

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดบังคับรูปแบบตายตัวขององค์กรผู้มีอำนาจในการตรวจสอบสัญญาภาครัฐเอาไว้ แต่ปล่อยให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องประกันว่า รัฐจะมีกลไกประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิ โดย Directive 2007/66/EC (Remedies Directive) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบสัญญาภาครัฐเพิ่มเติมว่า จะต้องทำคำวินิจฉัยจะต้องทำเป็นหนังสือ และจะต้องมีการประกันความสามารถในการอุทธรณ์คำวินิจฉัย และยังกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องมีระบบการตรวจสอบสัญญาภาครัฐโดยองค์กรตุลาการ

นอกจากนั้นหากศาลภายในรัฐตัดสินคดีโดยละเมิดพันธกรณีของสหภาพยุโรป ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐสมาชิกล้มเหลวในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญา ย่อมทำให้เกิดกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายสหภาพยุโรปของรัฐ (Infringement procedure) ตามมาตรา 258 ของสนธิสัญญาการทำงานของสหภาพยุโรป (TFEU) ทำให้คดีอาจขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ และเมื่อมีการตัดสินคดีแล้ว หากรัฐละเมิดพันธกรณีของสหภาพยุโรปซึ่งเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ ฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกย่อมมีหน้าที่ไปยกเลิกสัญญาภาครัฐนั้น ซึ่งหากรัฐสมาชิกไม่ทำการยกเลิกสัญญาดังกล่าว ย่อมนำมาสู่ความรับผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศ เช่นการถูกลงโทษปรับ (financial penalty) ได้

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ฝ่ายปกครองย่อมอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับเอกชน กฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญา จึงได้แก่ หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายเอกชนอื่นๆ ซึ่งรวมถึงกฎเกณฑ์ในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย อย่างไรก็ดีในส่วนของความสมบูรณ์ของสัญญานั้น หากเป็นความบกพร่องในเรื่องกระบวนการเข้าทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องการแข่งขันทางการค้าหรือการโฆษณาประกาศการทำสัญญาตามกฎหมายของสหภาพยุโรป ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้พัฒนาให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาซึ่งผู้เสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น สามารถร้องขอวิธีการฉุกเฉินรูปแบบใหม่เกี่ยวกับสัญญา (ซึ่งได้แก่ *le référé précontractuel* และ *le référé contractuel)* ได้ทั้งกรณีที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง ดังนั้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนจึงสามารถส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาได้ และศาลยุติธรรมจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว

ส่วนในกรณีของเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น แต่เดิมไม่มีความชัดเจนว่าจะสามารถปรับใช้เงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนตามมาตรา 6 และ มาตรา 1108 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกับสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ จึงได้มีการพัฒนาแนวคิดเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองแยกต่างหากจากความเป็นโมฆะของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนโดยการวางหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง ซึ่งความบกพร่องที่ร้ายแรงเท่านั้นที่จะส่งผลทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ โดยความเป็นโมฆะที่เกิดขึ้นกับสัญญาทางปกครองนั้นแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม คือ (1) ความเป็นโมฆะที่แยกออกได้ (les nullités partielles) เช่น ความเป็นโมฆะของข้อสัญญาหรือการกระทำทางปกครองที่แยกออก

Ref. code: 25595601032187GRS

ได้จากตัวสัญญาหลัก (acte détachable) และ (2) ความเป็นโมฆะทั้งฉบับของสัญญาทางปกครอง (la nullité du contrat) ซึ่งจะอยู่ในขอบเขตของศาลปกครองในคดีปกครองที่แตกต่างกันสองประเภทคือ (1) คดีร้องขอให้ศาลเพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Recours pour excès de pouvior ; REP) และ (2) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (Contentieux de pleine jurisdiction) แล้วแต่กรณี โดยการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญานั้นจะมีผลย้อนหลังไปทำลายความสัมพันธ์ทางสัญญา เสมือนว่าคู่สัญญาไม่ได้ทำสัญญากันมาก่อนเลยในสายตาของกฎหมาย

ด้วยผลของความรุนแรงของความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองที่กระทบกับความมั่นคงทางนิติฐานะของคู่สัญญาเป็นอย่างมาก และจากอิทธิพลของสหภาพยุโรปที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องมีกระบวนการตรวจสอบการทำสัญญาภาครัฐที่มีประสิทธิภาพและต้องเปิดช่องให้บุคคลที่สามผู้ซึ่งพลาดหวังจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ใช้สิทธิในการขอให้มีการตรวจสอบการทำสัญญาดังกล่าว ทำให้ฝรั่งเศสต้องพัฒนารูปแบบการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาใหม่ ที่เรียกว่าคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat) ที่เปิดช่องให้บุคคลที่สามมีสิทธิในการฟ้องคดี รวมถึงหามาตรการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ ด้วยกำหนดวิธีการฉุกเฉินรูปแบบใหม่เกี่ยวกับสัญญา ซึ่งได้แก่ *le référé précontractuel* และ *le référé contractuel* และยังก่อให้เกิดการพัฒนาแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาควบคู่ไปกับการพัฒนาคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง เพื่ออุดช่องว่างของทฤษฎีความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะปัญหาในกรณีของความมีผลย้อนหลังที่กระทบต่อสัญญาอย่างรุนแรง และการปัญหาจำกัดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา ซึ่งจำกัดเฉพาะเพียงคู่สัญญาเท่านั้น ปัญหานี้ถูกแก้ไขในการฟ้องคดี “ขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มรูปแบบหนึ่งอันเปิดช่องให้บุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาสามารถมาฟ้องคดีต่อศาลได้ ศาลปกครองจะมีอำนาจในการสั่งให้แก้ไขสัญญาบางข้อ หรืออาจให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาต่อไปภายใต้เงื่อนไขที่ว่าฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขความบกพร่องหรือความผิดพลาดให้ถูกต้อง หรือ ศาลอาจสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับความเสียหาย และยังอาจสั่งให้เลิกสัญญาได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าการเลิกสัญญาไม่ได้ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญามีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงก็สามารถเพิกถอนสัญญาได้ จะเห็นได้ว่ารูปแบบคำฟ้องคดีประเภทนี้ ศาลปกครองจะมีทางเลือกที่มากกว่าการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาซึ่งส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ซึ่งเหมาะแก่การอำนวยความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากขึ้น

ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น หากเป็นกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ย่อมพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาในทำนองเดียวกับที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีข้อยุติชัดเจนถึงความสมบูรณ์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจในการทำสัญญาหรือกระบวนการทำสัญญาที่กฎหมายหรือระเบียบภายในฝ่ายปกครองกำหนด เช่นเดียวกับในกรณีของสัญญาทางปกครองซึ่งไม่มีข้อยุติชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง และผลของสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง ในทางปฏิบัติศาลปกครองไทยได้ปรับใช้

Ref. code: 25595601032187GRS

เงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย จึงทำให้สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทยที่มีข้อบกพร่องนั้น อาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะตามที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด ซึ่งแตกต่างจากฝรั่งเศสซึ่งกำหนดให้ผลของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะด้วยเหตุที่อนุโลมมาจากประมวลกฎหมายแพ่งตกเป็นโมฆะสัมบูรณ์เท่านั้น นอกจากนั้นในกรณีของสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำโดยไม่มีอำนาจหรือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ตามระเบียบพัสดุหรือพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าลงทุนในกิจการของรัฐ ก็ยังไม่มีความชัดเจนในระบบกฎหมายไทยว่าสัญญาที่มีข้อบกพร่องดังกล่าวจะส่งผลเป็นเช่นไร ซึ่งมีทั้งกรณีที่ศาลตัดสินว่าสัญญาตกเป็นโมฆะเนื่องจากระเบียบพัสดุหรือพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าลงทุนในกิจการของรัฐเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม และยังมีกรณีที่ศาลตัดสินให้สัญญา “ไม่มีผลผูกพันรัฐ” ซึ่งสร้างความไม่แน่นอนในระบบกฎหมายมาก ในทำนองเดียวกับที่ฝรั่งเศสเผชิญก่อนที่จะสร้างข้อความคิดในเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง

อย่างไรก็ตามหลังจากมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติถึงผลของสัญญาซึ่งทำขึ้นหรือแก้ไขโดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างฯ หรือ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัติกำหนด ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดร้ายแรง อาจทำให้สัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้นตกเป็นโมฆะได้ ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่าการฝ่าฝืนนั้นเป็นสาระสำคัญหรือผิดพลาดร้ายแรงหรือไม่ เป็นของคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงมีปัญหาอยู่ว่า หากศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมนั้นไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างฯ หรือหลักเกณฑ์หรือตัวอย่างสัญญาอันเป็นโมฆะที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างฯกำหนด ศาลจำเป็นจะต้องถือตามความเห็นมากน้อยดังกล่าวเพียงใด ศาลยุติธรรมและศาลปกครองจะสามารถวางหลักเกี่ยวกับผลของสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้อย่างเป็นเอกภาพหรือไม่ เนื่องจากสัญญาซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อาจเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครองก็ได้

ในแง่ของการจัดวางระบบโครงสร้างเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีกระบวนการทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย มีประเด็นที่น่าคิดว่า ในระบบกฎหมายไทยนั้นจะสามารถปรับใช้ข้อความคิดเกี่ยวกับคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง (les recours de plein contentieux contestant la validité du contrat) รวมถึง *le référé précontractuel* และ *le référé contractuel* ซึ่งให้อำนาจของศาลในการได้มากน้อยเพียงใด

ในส่วนของสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อาจไม่มีปัญหาในการปรับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวมากนัก เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย ไม่ได้มีปัญหาในเรื่องการแบ่งแยกคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแบบที่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยเขตอำนาจศาลปกครองในคดีสัญญาทางปกครองมีลักษณะค่อนข้างกว้างอยู่แล้ว ตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ซึ่งบัญญัติไว้เพียงๆกว้างๆให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใน “คดีพิพาทเกี่ยวกับ

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทางปกครอง” ดังนั้นศาลไทยจึงอาจใช้ดุลยพินิจในการไม่เพิกถอนสัญญาได้อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องพัฒนาระบบการฟ้องคดีใหม่ อย่างไรก็ตามศาลปกครองไทยยังคงไม่เปิดช่องให้ผู้เสียหายฟ้องขอคุ้มครองชั่วคราวเป็นกระบวนพิจารณาเร่งด่วนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อขอให้ศาลเข้ามาพิจารณาและสั่งการเพื่อมิให้มีการลงนามในสัญญาในทำนองเดียวกับ *le référé précontractuel* และยังไม่มีระบบ“ผู้พิพากษาผู้กำหนดวิธีการชั่วคราว" (Le juge des référés) ซึ่งพิจารณาคดีเป็นพิเศษอย่างรวดเร็วในทำนองเดียวกับฝรั่งเศสแต่อย่างใด ปัจจุบันระบบที่ใกล้เคียงกับ *le référé précontractuel* ในระบบกฎหมายไทยคือการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุในมาตรา114 ถึง มาตรา 119 ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นการโต้แย้งกระบวนการทำสัญญา ภายในกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยถือเป็น “ระยะเวลายืน” (Standstill period) ตามมาตรา 66 วรรคสอง ซึ่งบังคับไม่ให้ฝ่ายปกครองลงนามในสัญญาจนกว่าระยะเวลาอุทธรณ์ (เจ็ดวันนับตั้งแต่การประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง) จะผ่านพ้นไป อย่างไรก็ตามแม้คณะกรรมการจะมีอำนาจการระงับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างชั่วคราว และสามารถสั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควรก็ตาม แต่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯดังกล่าวก็เป็นเพียงคำวินิจฉัยในชั้นของฝ่ายปกครองเท่านั้น จึงสามารถอุทธรณ์ต่อศาลปกครองต่อไปได้ แตกต่างจาก *le référé précontractuel* ซึ่งอาจฎีกาได้เพียงหนึ่งขั้นเท่านั้น และยังไม่มีลักษณะเร่งด่วน “อย่างแท้จริง”ซึ่งการบังคับให้คณะกรรมการฯ “ต้อง” พิจารณาให้เสร็จแต่อย่างใด เนื่องจากคณะกรรมการฯมีอำนาจในการ “ยุติเรื่อง” และสั่งให้มีการจัดซื้อจัดจ้างกันต่อไป หากคณะกรรมการพิจารณาเรื่องดังกล่าวเกินสามสิบวันนับแต่ได้รับรายงาน และได้ขยายระยะเวลาเกินสองครั้งแล้ว ส่วนการขอ *le référé contractuel* เพื่อขอให้ศาลสั่งระงับการปฏิบัติตามสัญญาชั่วคราว ยกเลิกสัญญา ปรับเปลี่ยนระยะเวลาของสัญญา หรือประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา โดยอาศัยความบกพร่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการทำสัญญาในเรื่องการโฆษณาประกาศหรือมีข้อบกพร่องในเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรมนั้น ยังไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยเช่นกัน ศาลปกครองไทยยังคงไม่มีความชัดเจนในการรับรองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาประสงค์จะโต้แย้งเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาหรือ ขอให้ระงับการปฏิบัติตามสัญญาชั่วคราว ยกเลิกสัญญา ปรับเปลี่ยนระยะเวลาของสัญญาได้ ดังที่เห็นได้ว่าศาลปกครองยังมีการตีความการเป็น “ผู้มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” ที่กว้างหรือแคบต่างกันขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในคดี ซึ่งได้แสดงตัวอย่างให้เห็นแล้วในบทที่ 4

ส่วนในกรณีของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม ปัจจุบันในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการแยกสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนออกจากสัญญาทางแพ่งปกติ จึงยังคงไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆในการขอให้ศาลระงับการลงนามอย่างเร่งด่วนในทำนองเดียวกับ *le référé précontractuel* ในศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสและไม่มีการรับรองสิทธิฟ้องคดีของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา เพื่อขอให้ศาลสั่งระงับการปฏิบัติตามสัญญาชั่วคราว ยกเลิกสัญญา ปรับเปลี่ยนระยะเวลาของสัญญา หรือประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา โดยอาศัยเหตุมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการทำสัญญาในเรื่องการโฆษณา

Ref. code: 25595601032187GRS

ประกาศหรือมีข้อบกพร่องในเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม อันเป็นคำขอทำนองเดียวกับ *le référé contractuel* แต่อย่างใด

ปัจจุบันในระบบกฎหมายไทยมีการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญาซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายฝรั่งเศส ทำให้ระบบกฎหมายไทยสามารถฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองได้สองลักษณะ คือ

(1) การฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถฟ้องคดีประเภทนี้ได้ ซึ่งผลของการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาจะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทันทีหรือไม่นั้น ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด ต่างกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งมีการวางหลักว่าการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญานั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยอัตโนมัติ แต่ส่งผลให้คู่สัญญาสามารถนำมาเป็นเหตุให้ศาลในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองได้ต่อไป ซึ่งทำให้บุคคลภายนอกผู้ฟ้องคดีผู้ประสงค์ที่จะทำลายความมีอยู่ของสัญญา ไม่อาจฟ้องขอให้ทำลายสัญญาตามความประสงค์ได้ ทำให้ฝรั่งเศสต้องแก้ไขโดยการนำ *le référé précontractuel* และ *le référé contractuel* มาใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิในการฟ้องคดีดังกล่าวภายในระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด หากเกินระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองก็ยังเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา มาฟ้องคดีเป็นคดีขอตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลมีอำนาจเต็ม และศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการยกเลิกสัญญาโดยไม่ให้มีผลย้อนหลัง ลดระยะเวลาปฏิบัติตามสัญญานั้นลง หรือเพิกถอนสัญญาในกรณีที่เป็นความบกพร่องร้ายแรง ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการพัฒนาไปในแนวทางดังกล่าว แต่ถึงแม้จะเป็นเช่นนั้น ศาลปกครองไทยก็สามารถใช้ดุลยพินิจในการไม่เพิกถอนสัญญา เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง แม้กระบวนการทำสัญญาจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม โดยไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา เช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2553 ซึ่งให้ผลในทำนองเดียวกันคือ ให้ศาลปกครองมีดุลยพินิจในการเพิกถอนสัญญาหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ศาลปกครองไทยมุ่งพิจารณาจากประโยชน์สาธารณะ ยังไม่ปรากฏแนวคิดในเรื่องของการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของคู่สัญญากับประโยชน์ของบุคคลภายนอกเท่าใดนัก

(2) ในกรณีของการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางทฤษฎีคือ ในระบบกฎหมายไทยนั้นยังไม่มีเอกภาพในการจัดระบบ “คำบังคับ” ที่ศาลสามารถกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีได้ จากแนวคำพิพากษาศาลปกครองในปัจจุบัน ในระบบกฎหมายไทยผู้ฟ้องคดียังไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาโดยตรงได้ และศาลมีแนวโน้มที่จะไม่ก้าวล่วงเข้ามากำหนดคำบังคับแทนการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง และหากผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลสั่งในเรื่องที่อยู่ในดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะถือว่าเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้ นอกจากนั้นการขอให้ศาลเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในสัญญาโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เช่นขอให้ศาลแก้ไขข้อ

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาหรือมีคำขอที่ให้คู่สัญญากระทำการหรืองดเว้นกระทำการต่างไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา โดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย ศาลปกครองไทยก็จะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) อย่างไรก็ตามในปัจจุบันศาลปกครองเริ่มมีทิศทางในการเปิดรับการฟ้องคดีของผู้ที่เข้าร่วมหรือจะเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญามากขึ้น จากเดิมที่เคยมีคำพิพากษาที่วางหลักว่าบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญานั้น ไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายหรือเป็นผู้ที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สำหรับการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งได้แก่การไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดห้ามการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองทางเลือก แต่กลับสนับสนุนการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็วและเป็นธรรมกับคู่พิพาท โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามมาตรฐานของ ICSID Convention หรือ UCITRAL Arbitration rules ในขณะที่ฝรั่งเศสนั้นมีหลักในการจำกัดการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการทางเลือก โดยการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น จะทำได้ภายใต้กรอบของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ในทำนองเดียวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ซึ่งหลักห้ามทำการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เว้นแต่จะมีกฎหมายหรือความตกลงระหว่างประเทศกำหนดให้ทำได้ ซึ่งจะตรงข้ามกับระบบกฎหมายไทย ซึ่งโดยหลักอนุญาตให้ทำการอนุญาโตตุลาการสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดหรือการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลปกครอง โดยเฉพาะการตีความว่าการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาจากความบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญาหรือการบริหารสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองและคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีมุมมองที่แตกต่างกันในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา จนเกิดปัญหาที่ศาลไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดหรือสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีกรณีตัวอย่างเกิดขึ้นในหลายคดีดังที่ได้นำเสนอมาแล้วในบทที่ผ่านมา ปัญหาที่ระบบกฎหมายไทยต้องเผชิญก็คือ ปัญหาเกี่ยวกับให้ความกระจ่างเกี่ยวกับผลของสัญญาทางปกครองซึ่งมีการทำสัญญาหรือการบริหารสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของฝ่ายปกครอง และการปรับแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้เข้ากับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งมีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลักทำให้ระบบกฎหมายไทยจำเป็นต้องหาจุดสมดุลของการยอมรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและอำนาจของศาลปกครอง ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

5.6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองของระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายไทย ซึ่งก็คือ ศึกษาว่าทั้งสามระบบเป็นอย่างไรและมีการส่งผ่านข้อความคิดระหว่างกันหรือไม่ มากน้อยเพียงใด ในสี่ประเด็นหลักคือการออกแบบระบบสัญญาของฝ่ายปกครอง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเกิดขึ้นและทำสัญญาของฝ่ายปกครอง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง และ

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบและระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งมีประเด็นเกี่ยวพันกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายในลักษณะของวงจรชีวิตของสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างละเอียดแล้วในบทที่สองถึงบทที่สี่ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ในส่วนท้ายสุดของวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจะใช้วิธีวิเคราะห์เชิงวิภาษวิธีของเฮเกล[8] (Hegel dialectic) เพื่อสรุปผลของการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐาน บทแย้ง และบทสังเคราะห์ ดังต่อไปนี้

บทพื้นฐาน (Thesis) ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เริ่มต้นจากข้อสรุปว่าข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่เรียกว่า contrat administratif เป็นสิ่งจำเป็น และมีขึ้นเพื่อดำรงไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ รัฐแม้จะเป็นคู่สัญญากับเอกชน แต่ยังจำเป็นที่จะต้องคงไว้ซึ่งอำนาจมหาชนทำให้สัญญาทางปกครอง จะต้องอยู่บนพื้นฐานที่ว่ารัฐจะต้องมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาอย่างสิ้นเชิง แนวคิดนี้แสดงออกผ่านทางการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในสัญญาทางปกครองและการกำหนดให้ศาลปกครองตรวจสอบสัญญาดังกล่าว แนวคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องคงไว้ซึ่งสถาบันสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีระบบกฎหมายแยกเป็นอีกหนึ่งสถาบันต่างหากเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจของรัฐ ซึ่งสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยได้เดินตามแนวระบบกฎหมายฝรั่งเศส และมีการออกแบบระบบสัญญาของฝ่ายปกครองให้สอดรับกับข้อความคิด contrat administratif แต่ก็ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่มาก เนื่องจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์ หากแต่อาศัยแนวการวางหลักของศาลปกครองสูงสุด และยังขาดความชัดเจนในหลายประเด็น โดยเฉพาะในเรื่องของนิยามของสัญญาทางปกครองซึ่งยังคงซ้ำซ้อนและขาดความชัดเจนและข้อความเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง ซึ่งขาดความชัดเจนทั้งในแง่ของเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง และผลกระทบของสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

ส่วนบทแย้ง (Antithesis) ของวิทยานิพนธ์ ตั้งอยู่บนข้อสรุปที่ว่าข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่เรียกว่า contrat administratif เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นสำหรับยุคปัจจุบันอีกต่อไป เนื่องจากที่สุดแล้วข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นก็ไม่ได้มีลักษณะที่เป็นสากลตรงกันในทุกระบบกฎหมาย ข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองยังสร้างความซ้ำซ้อนในระบบกฎหมายและความยุ่งยากในแง่ของการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสยังมีข้อบกพร่องในแง่ที่ว่าไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนบุคคลที่สามซึ่งเดือดร้อนเสียหายจากกระบวนการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ปัจจุบันแนวคิด contrat administratif กำลังเปลี่ยนแปลงไป ด้วยอิทธิพลแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (public contract) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งสร้างการแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรมในตลาดของสัญญาภาครัฐ และยังกำหนดให้กฎเกณฑ์การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง การบริหารสัญญาของฝ่ายปกครองบางส่วน การตรวจสอบสัญญาและกระบวนการทำสัญญาของฝ่ายปกครองภายในรัฐภาคีสมาชิก ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนั้นบทแย้งจึงเป็นการสรุปว่าระบบ

[8] Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1700-1831) นักปรัชญาชาวเยอรมัน

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎหมายไทยอาจไม่มีความจำเป็นจะต้องแก้ไขข้อบกพร่องของตนเองด้วยการเดินตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสทั้งหมด หากแต่สามารถพิจารณาระบบกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งกำลังบีบให้สถาบัน contrat administratif ของฝรั่งเศสต้องปรับตัว

การพิจารณาบทพื้นฐานและบทแย้งร่วมกันนำไปสู่บทสังเคราะห์ (Synthesis) ซึ่งเป็นข้อสรุปของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า ข้อความคิดของสัญญาทางปกครองนั้นยังไม่ได้หายไป หรือไร้ประโยชน์เสียทั้งหมด ระบบสัญญาของฝ่ายปกครองของไทยสามารถพัฒนาต่อไป โดยคงไว้ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามแนวทางฝรั่งเศส (contrat administratif) ไว้ได้ เนื่องจากรัฐยังอาจมีหน้าที่ต้องเข้าแทรกแซงการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและควบคุมคุณภาพของบริการสาธารณะเพื่อให้บริการสาธารณะยังคงทันสมัยเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปเสมอ หากแต่การใช้อำนาจแทรกแซงดังกล่าวอาจเปลี่ยนรูปแบบไปเป็นเป็นการกำกับควบคุม (regulate) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแทน ในขณะเดียวกันก็สามารถนำหลักการของสหภาพยุโรป ในเรื่องของการสร้างมาตรฐานประกันการแข่งขันทางการค้าที่เสรี เป็นธรรม และโปร่งใส ในตลาดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งการปรับปรุงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองให้มีมาตรฐานเป็นสากล ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ในการทำสัญญาและการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งเสมอภาค เป็นธรรมและโปร่งใส กฎเกณฑ์ในการจำกัดการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะให้เป็นไปอย่างเหมาะสมเป็นธรรม กฎเกณฑ์ในเรื่องของการตรวจสอบสัญญาซึ่งสามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาซึ่งเข้าร่วมกระบวนการตัดเลือกคู่สัญญา กฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเป็นธรรมและสากล ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาฝั่งเอกชนมั่นใจในการเข้าร่วมลงทุนและเป็นคู่สัญญากับรัฐมากขึ้น ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอาศัยความร่วมมือระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองเป็นเครื่องมือที่ทรงประสิทธิภาพ

จากศึกษาเปรียบเทียบทำให้ผู้เขียนสามารถสังเคราะห์ (Synthesis) ปัญหาในระบบกฎหมายไทยและแนวทางเบื้องต้นในการปรับปรุงกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลเพื่อแก้ปัญหาได้ดังนี้

(1) ปัญหาเชิงระบบในการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองและการนิยามสัญญาทางปกครอง ด้วยสภาพที่การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นไปตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ผ่านการตีความของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล ซึ่งอาจมีปัญหาตีความหลักเกณฑ์ดังกล่าวหลายประการ เช่น

- ปัญหาเกี่ยวกับนิยามของ “สัญญาสัมปทาน” ซึ่งระบบกฎหมายไทยยังไม่มีคำอธิบายนิยามที่ครอบคลุม ทำให้ศาลปกครองวางนิยามของสัญญาสัมปทานปะปนกับสัญญาที่ให้เอกชนลงทุนในกิจการด้านสาธารณูปโภคหรือสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นนิยามที่ไม่ตรงกับหลักสากล แท้จริงแล้วในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการสัมปทานนั้นเป็นเพียงวิธีหนึ่งของสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น โดยที่เอกชนรับความเสี่ยงในการประกอบการเอง และ

Ref. code: 25595601032187GRS

ได้รับผลตอบแทนจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นภายในระยะเวลาคืนทุน ดังนั้นนิยามของสัมปทานนั้นจึงควรจะต้องยึดโยงกับการโอน “ความเสี่ยง” ในการประกอบการไปยังเอกชนคู่สัญญา กับเรื่องระยะเวลาคืนทุนเป็นสำคัญ ระบบกฎหมายไทยจึงควรทบทวนนิยามของสัญญาสัมปทานเสียใหม่ให้สอดคล้องกับความหมายสากล

- ปัญหาการตีความสัญญาทางปกครองกินความหมายที่กว้างขวางเกินไปของ “สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ” ซึ่งรวมถึงสัญญาหลายลักษณะซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการให้เอกชนร่วมจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่หรือห่างไกลจากบริการสาธารณะมากเช่น สัญญาเชิงพาณิชย์ของฝ่ายปกครอง สัญญากู้เงินของภาครัฐ สัญญาทางเศรษฐกิจในโครงการประกันราคาข้าว สัญญาจัดซื้อเครื่องมือพิเศษในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือแม้แต่สัญญาจ้างเอกชนให้ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่าสัญญาหลายลักษณะไม่มีความแตกต่างกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน แสดงว่าการตีความเช่นนี้สร้างความไม่เป็นเอกภาพในระบบกฎหมายเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสัญญาที่มีลักษณะเดียวกันกลับอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลและการใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน จึงสมควรจะต้องมาทบทวนนิยามในเชิงนิตินโยบายว่าสัญญาใดสมควรจะต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครองจริงๆ เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ นิยามของ“สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ” ยังตีความขยายไปถึงสัญญาก่อสร้างอาคารของฝ่ายปกครองต่างๆ ซึ่งมีปัญหาทับซ้อนกับ “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค”

- ปัญหาการตีความ “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” ซึ่งยึดโยงอยู่กับการจัดให้มีสิ่งก่อสร้างถาวรวัตถุที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรงนั้นไม่ตรงกับความหมายของ “สาธารณูปโภค” ในความหมายสากลซึ่งยึดโยงกับ “กิจการ” อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ก็ได้แก้ปัญหานี้ในระดับหนึ่ง โดยได้ให้นิยาม “สาธารณูปโภค” ว่าเป็นงานอันเกี่ยวกับการประปา การไฟฟ้าการสื่อสาร การขนส่งทางท่อ ทางน้ำ ทางบก ทางอากาศ หรือทางราง หรือการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งดำเนินการในระดับพื้นดิน ใต้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน ซึ่งเป็นนิยามที่ใกล้เคียงกับคำว่า “utilities” ในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปมาก ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยจึงควรตีความคำว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” และ “สาธารณูปโภค” ไปในแนวทางที่มีความหมายเกี่ยวข้อง “กิจการ” หรือโครงสร้างพื้นฐาน (เช่นการประปา ไฟฟ้า ฯลฯ) ซึ่งจะแสดงถึงการจัดทำบริการสาธารณะได้ชัดเจนกว่าการตีความยึดโยงกับ “ถาวรวัตถุซึ่งประชาชนใช้ประโยชน์ได้โดยตรง” และยังช่วยแยกสัญญาก่อสร้างอาคารของหน่วยงานรัฐหรือสะพานต่างๆ ออกจากความหมายของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอีกด้วย

- ปัญหาการตีความ “สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ” อย่างกว้างขวางเกินไปมาก ในระบบกฎหมายไทยมีกรณีที่มีการตีความข้อสัญญาบางชนิด เช่น ข้อสัญญาซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ให้ถือเป็นแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งทำให้เป็นสัญญาทางปกครองแล้ว โดยไม่สนใจเนื้อหาอื่นๆของสัญญาเลยว่ามีลักษณะของสัญญาทางปกครองหรือไม่ ทำให้สัญญาทางปกครองมีความหมายกว้างกว่าที่ควรเป็นมาก ผู้เขียนเห็นว่า ระบบกฎหมายไทยจะต้องมีการทบทวนการตีความสัญญาที่มีลักษณะพิเศษฯดังกล่าว โดย

Ref. code: 25595601032187GRS

จะต้องตีความไปในแนวทางที่ว่า “ลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ” นั้นมีไว้เพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และควรที่จะต้องพิจารณาเนื้อหาสัญญาโดยรวมประกอบด้วย

- ปัญหาการตีความว่าสัญญาขององค์กรที่มีสถานะทางกฎหมายไม่ชัดเจนหรือไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ไม่ใช่สัญญาทางปกครองเนื่องจากไม่ใช่สัญญาของ “หน่วยงานทางปกครอง” (เช่น โรงพิมพ์ตำรวจ กรมสวัสดิการทหารอากาศ) ทั้งๆที่สัญญาดังกล่าวอาจมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองเป็นอย่างมาก ส่งผลให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนไปหรือกลายเป็นสัญญาที่ผูกพันผู้แทนองค์กรนั้นแทนเป็นการส่วนตัว ปัญหานี้อาจแก้ไขได้ด้วยการปรับทบทวนการจัดองค์กรของฝ่ายปกครองให้ชัดเจนมากขึ้น โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการสลายความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ หรืออาจแก้ไขโดยการตีความให้สัญญาดังกล่าวผูกพันหน่วยงานต้นสังกัดขององค์กรที่มีสถานะทางกฎหมายไม่ชัดเจนเหล่านั้น ผ่านทางทฤษฎีตัวแทน

- ปัญหาว่าสัญญาทางปกครองในระบบไทย มีที่ว่างเปิดช่องในการตีความให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ความหมายแบบ contrat administratif ได้หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายไทยควรเปิดช่องให้มีการใช้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายอื่น ผ่านการตีความของตุลาการศาลปกครองได้ หากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายอื่นนั้นจะสามารถทำให้การบริการสาธารณะนั้นเป็นไปด้วยความราบรื่นมากขึ้น เช่น สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือการรับเอาแนวคิดเรื่องสัญญาซึ่งมีการเกี่ยวพันใกล้ชิดกับคำสั่งทางปกครองและนิติสัมพันธ์ในทางมหาชน มาใช้ในการให้เหตุผลที่ทำให้สัญญาลาศึกษาต่อของข้าราชการเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะเหมาะสมกว่าการอธิบายว่าสัญญาลาศึกษาต่อของข้าราชการเป็น “สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ”

กล่าวโดยรวมผู้เขียนเห็นว่าระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการวางหลักการตีความนิยามของสัญญาทางปกครองที่เป็นเอกภาพ ซึ่งสะท้อนให้เห็นปัญหาว่าแท้จริงแล้วระบบกฎหมายไทยนั้นไม่ได้วางระบบให้ภารกิจของสัญญาทางปกครองมีประโยชน์อันใดนอกจากแบ่งแยกเขตอำนาจศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม การทบทวนนิยามของสัญญาทางปกครอง และการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จึงควรจะต้องคำนึงถึงภารกิจของสัญญาทางปกครองให้มากว่าเนื้อแท้ของประโยชน์ในการแบ่งสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยเป็นไปด้วยความจำเป็นใด และสัญญาประเภทใดที่สมควรต้องมีการพัฒนาระบบกฎหมายเป็นพิเศษ ปัญหาความไม่ชัดเจนในนิยามของสัญญาทางปกครอง ย่อมส่งผลไปถึงกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วย

(2) ปัญหาด้านการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย กฎเกณฑ์ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้นจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยเฉพาะกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งเสมอภาคเป็นธรรมและโปร่งใส เพื่อดึงดูดนักลงทุนเอกชน ระบบกฎหมายไทยต้องสร้างความชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาของฝ่ายปกครองและสภาพบังคับของหลักเกณฑ์ดังกล่าว ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่หรือจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลใดก็ตาม ซึ่งระบบกฎหมายไทยยังคงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

Ref. code: 25595601032187GRS

- ในส่วนของสัญญาซึ่งเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้ปรับปรุงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาและการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวให้เป็นสากลสอดคล้องกับสหภาพยุโรปมากขึ้นแล้วบางส่วน ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการ การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง การห้ามมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา หน้าที่ในการโฆษณาประกาศเชิญชวนการของหน่วยงานรัฐ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ยื่นข้อเสนอ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อเสนอ การจำกัดและจัดลำดับบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอตามลำดับคะแนน ระยะเวลายืนที่ห้ามฝ่ายปกครองลงนามในสัญญา การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง สภาพบังคับของการทำตามสัญญาแบบ เป็นต้น ซึ่งล้วนแล้วแต่เคยเป็นหลักเกณฑ์ที่ขาดความชัดเจนอยู่มาก อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายไทยยังคงมีปัญหาในเชิงทฤษฎีที่ต้องพิจารณาในเรื่องของการทำสัญญาซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจของหน่วยงานปกครองหรือนอกอำนาจของเจ้าหน้าที่ว่าจะมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องการลงนามหรือการทำสัญญาโดยปราศอำนาจด้วย ปัญหาที่ระบบกฎหมายไทยที่ต้องคำนึงถึงจึงอยู่ในขั้นตอนของการตรวจสอบกระบวนการทำสัญญาซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

- ในส่วนของสัญญาร่วมทุนหรือสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ในระบบกฎหมายไทยยังคงมีนิยามที่แตกต่างกับสัญญาความร่วมมือในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งยึดอยู่กับแนวคิดในการใช้ “สัญญาทางปกครอง”ซึ่งฝ่ายปกครองและเอกชนตกลงร่วมมือกันบริหารโครงการและเงินทุนเป็นหลัก ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการจัดระเบียบข้อความคิดเกี่ยวสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นการร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของสัญญาหรือความร่วมมือเชิงสถาบัน ระบบกฎหมายไทยเพียงแต่มุ่งควบคุมการร่วมลงทุนที่มีมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาท โดยไม่ได้ยึดโยงกับข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นพิเศษ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ใดในการคุ้มครองความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐแต่อย่างใด เนื่องจากยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาที่ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนหลักการในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหานี้จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับการออกแบบระบบกฎหมายเพื่อจัดสรรอำนาจของศาลในการตรวจสอบสัญญาซึ่งทำขึ้นโดยฝ่ายฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญา โดยอาจบัญญัติกฎหมายในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้การทำสัญญาซึ่งขัดกับพระราชบัญญัติที่ร้ายแรงและเป็นสาระสำคัญตกเป็นโมฆะหรือเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบสัญญาอีกขั้นหนึ่งว่าจะให้สัญญาเป็นโมฆะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบังคับใช้ต่อไปได้เพียงใด โดยให้ศาลมีดุลยพินิจในการกำหนดผลของสัญญาที่ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ ชั่งน้ำหนักระหว่างความชอบด้วยกฎหมาย ประโยชน์สาธารณะ ความแน่นอนในนิติฐานะของคู่สัญญา และสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาประกอบกัน ทั้งนี้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะต้องแก้ไขเนื้อหาให้เป็น

Ref. code: 25595601032187GRS

สากล สามารถประกันความโปร่งใสเป็นธรรมได้มากขึ้น และอาจจะต้องเอาแนวคิดเรื่อง “สัญญาลักษณะสัมพันธภาพ” (Relative Contract)[9] มาปรับใช้

(3) ปัญหาด้านการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองที่ระบบกฎหมายไทยควรแก้ไขคือ

- การจัดสรรอำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องแก้ไขสัญญา เลิกสัญญา ไปพร้อมๆกับการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นลายลักษณ์อักษร มีเพียงการตีความรับรองสิทธิในการแก้ไขและเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองผ่านทางคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ซึ่งอาจนำมาสู่ข้อถกเถียงว่าศาลไทยมีอำนาจมากน้อยเพียงใดในการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากระบบปกครองไทยกฎหมายไทยไม่ได้มีลักษณะที่เกิดจากการวางหลักโดยศาลปกครอง (caractère jurisprudentiel) ในทำนองเดียวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องของการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในทำนองเดียวกับสหภาพยุโรป คือ การแก้สัญญานั้นจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวมของสัญญาเดิม และการแก้ไขสัญญานั้นจะเป็นการเพิ่มราคาของสัญญาได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม หรือเป็นในการแก้ไขสัญญาเนื่องจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้ และเป็นการแก้ไขสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญ และจำกัดอำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีสัญญาทางปกครองในทำนองเดียวกับฝรั่งเศส คือ การแก้สัญญาฝ่ายเดียวจะต้องไม่เป็นการเข้าลักษณะการทำสัญญาขึ้นใหม่ และจะเป็นการแก้ไขข้อสัญญาเกี่ยวกับภาระด้านการเงินไม่ได้ การแก้ไขสัญญาจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาแล้ว จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย ส่วนกรณีของการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการบังคับให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่เลิกสัญญาในกรณีที่สัญญาถูกแก้ไขในสาระสำคัญ คู่สัญญามีคุณสมบัติต้องห้ามหรือสัญญานั้นถูกประกาศความไม่ชอบด้วยกฎหมายแบบสหภาพยุโรป

- ปัญหาเรื่องการกฎเกณฑ์ซึ่งบังคับใช้กับทำสัญญารับช่วง ผู้เขียนมีความเห็นว่าไทยยังขาดกฎเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับช่วงในสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ จึงควรบัญญัติ

---

[9] สัญญาลักษณะสัมพันธภาพ คือ สัญญาที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของการทำงานร่วมกันระยะยาวระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการเจรจาเปลี่ยนแปลงหน้าที่ตามสัญญาระหว่างกันหลังจากสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งสะท้อนหลักการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงได้ของบริการสาธารณะ หน่วยงานฝ่ายปกครองมีหน้าที่กำกับดูแลให้เอกชนคู่สัญญาผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะปรับปรุงแก้ไขการให้บริการให้ดีเสมอ ในขณะเดียวกันเอกชนสามารถต่อรองขอขยายโครงการลักษณะเดียวกันนี้ในพื้นที่อื่นๆเพื่อเป็นการประหยัดต้นทุนตามหลัก economy of scale ซึ่งเหมาะแก่การปรับใช้กับสัญญาร่วมมือในโครงการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคที่อาศัยโครงข่าย เช่น กิจการประปา กิจการโทรคมนาคม โปรดดู จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล, “ปัญหาเกี่ยวกับการตีความสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่16 ฉบับที่ 3 2559, น. 57-86.

Ref. code: 25595601032187GRS

กฎเกณฑ์เพิ่มเติม กำหนดให้ลักษณะคุณสมบัติของผู้รับช่วงเป็นไปในทำนองเดียวคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง และให้ฝ่ายปกครองสามารถชำระเงินในงานที่เป็นส่วนของผู้รับช่วงสัญญา ให้กับตัวคู่สัญญาหลักหรือตัวผู้รับช่วงสัญญาได้ตามความเหมาะสม และกำหนดให้คู่สัญญาหลักยังคงมีความรับผิดในงานที่ช่วงไปทุกประการ

- ปัญหาเรื่องการปรับใช้เรื่องการฟื้นฟูดุลยภาพทางการเงินระหว่างคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ยังไม่ปรากฏว่าศาลไทยปรับใช้หลักเกณฑ์นี้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งในทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือทฤษฎีภาระติดพันที่ไม่อาจคาดหมายได้ แต่ก็มีคำพิพากษาศาลปกครองบางส่วนที่ปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวอยู่บ้าง ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวพอที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ โดยเฉพาะการรับรองสิทธิในการเรียกร้องค่าทดแทนในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายหรือภาระเพิ่มขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญาอันเนื่องมาจากการกระทำอื่นที่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้นเอง

- ปัญหาเรื่องการนำกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครอง ควรมีการทบทวนว่าหลักเกณฑ์ใดจะนำมาใช้บังคับได้หรือไม่ได้ ตามลักษณะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะเป็นเหตุผลสนับสนุนประโยชน์ของการมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาทางปกครองจะมีระบบกฎหมายเป็นพิเศษ เช่นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนความเป็นคู่สัญญา การโอนสิทธิเรียกร้องสมควรจะมีกฎเกณฑ์พิเศษในเรื่องการควบคุมการโอนสิทธิในสัญญาปรับราคาได้ หรือการห้ามแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยเฉพาะในสัญญาที่ลักษณะของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญ เช่น สัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทบทวนเอาเหตุแห่งความเป็นโมฆะและโมฆียะของสัญญามาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายไทยสมควรพัฒนาหลักเรื่องสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาใหม่ โดยให้มีลักษณะในทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือแม้สัญญาจะมีความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาหรือตัวเนื้อหาสัญญาเอง แต่ไม่จำเป็นที่ความบกพร่องนั้นจะกระทบกับความสมบูรณ์ของสัญญาจนถึงขั้นตกเป็นโมฆะเสียไปในทุกกรณี หากแต่จะต้องมีการออกแบบระบบการตรวจสอบและกำหนดผลของสัญญาที่มีความบกพร่องนั้นโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ ความมั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญา และสิทธิของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา และองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบนั้นจะต้องสามารถกำหนดผลของสัญญาที่มีข้อบกพร่อง ว่าสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาได้มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการฝ่าฝืนกฎหมาย

(4) ปัญหาเรื่องการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครอง ปัญหานี้จะเกี่ยวพันกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาของฝ่ายปกครอง การออกแบบกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในขั้นตอนการอุทธรณ์ ขั้นการพิจารณาของศาล ทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ไปจนถึงการออกแบบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นและแนวทางแก้ไขปัญหา ดังนี้

Ref. code: 25595601032187GRS

- ปัญหาเรื่องการขาดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนเห็นว่าความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครองควรแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ (1) ความบกพร่องในรูปแบบขั้นตอนที่เกี่ยวกับสัญญา ซึ่งได้แก่ ความบกพร่องเรื่องความสามารถของคู่สัญญา (ซึ่งรวมถึงความบกพร่องของคำสั่งของในการเข้าทำสัญญาและความบกพร่องเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครอง) ความบกพร่องเรื่องการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ความบกพร่องเรื่องกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา (และกระบวนการแก้ไขสัญญา) และ (2) ความบกพร่องในเนื้อหาของสัญญาซึ่งได้แก่ ความบกพร่องในเนื้อหาของสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ตามที่ได้เสนอไว้ในบทที่ 4 ซึ่งแต่ละประเภทนั้นย่อมมีวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญาโดยผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีที่ต่างกันไป ซึ่งระบบกฎหมายไทยควรจะต้องกำหนดผลของสัญญาที่มีความบกพร่องตามระดับความรุนแรงของความบกพร่องนั้น ในความเห็นของผู้เขียนสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ควรมีผลเป็น “สัญญาที่ไม่ผูกพันรัฐ” เนื่องจากก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในระบบกฎหมาย ควรจะมีแค่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นโมฆะ โมฆียะ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

-ปัญหาเกี่ยวกับวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครองและสิทธิของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา**ในการโต้แย้งในชั้นเจ้าหน้าที่** ซึ่งก็คือการอุทธรณ์ ปัจจุบันพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดช่องทางให้บุคคลผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐ สามารถยื่นอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง (เท่ากับว่าเป็นการขอให้ตรวจสอบกระบวนการทำสัญญา ไม่ใช่เนื้อหาของสัญญา) ในเรื่องของ (1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง (2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง (3) การละเว้นการอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือหนังสือเชิญชวนของหน่วยงานของรัฐ ภายในเจ็ดวันนับตั้งแต่วันประกาศผลจัดซื้อจัดจ้างในระบบสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง แต่ยังคงไม่เปิดช่องให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ได้เข้ามาในกระบวนการตั้งแต่แรก (ซึ่งอาจถูกจำกัดไม่ให้ยื่นข้อเสนอตั้งแต่แรกหรือไม่ทราบว่าจะมีการทำสัญญา เนื่องจากหน่วยงานของรัฐละเลยหน้าที่ในการประกาศโฆษณาการทำสัญญา) ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ดังกล่าวและต้องไปใช้สิทธิทางศาลแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรให้สิทธิผู้ที่พิสูจน์ได้ว่าตนสามารถเป็นผู้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐในการอุทธรณ์ด้วย

- ปัญหาเกี่ยวกับวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญาและสิทธิของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา**ในการโต้แย้งในชั้นศาล** ผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายไทยควรแยกวิธีในการโต้แย้งความบกพร่องของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองกรณีคือ (a) การโต้แย้งโดยบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา (b) การโต้แย้งโดยคู่สัญญา

(a) สำหรับการโต้แย้ง**โดยบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญา**นั้นจะต้องมีการพิจารณาก่อนว่าเป็นการขอให้ศาลตรวจสอบ (1) การกระทำอื่นๆอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญา หรือ (2) เนื้อหาของสัญญา และจะต้องแยกว่าบุคคลที่สามนั้นอยู่ในฐานะอะไรคือ (1) อยู่ในฐานะของผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอหรือน่าจะยื่นข้อเสนอในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หรือ (2) เป็นบุคคลที่สามผู้ได้รับผลกระทบจาก

Ref. code: 25595601032187GRS

สัญญาทั้งทางตรง (เป็นผู้รับประโยชน์ในสัญญา) และทางอ้อม (เช่นเป็นผู้บริโภคหรือเป็นผู้อาศัยในชุมชนในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐอันเป็นวัตถุของสัญญา) ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยนั้นคือยังไม่มีหลักเกณฑ์เป็นเอกภาพในการรับรองสิทธิการฟ้องคดีโต้แย้งสัญญาของฝ่ายปกครองโดยบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ในกรณีของการฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบการกระทำอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญา โดยเฉพาะการตรวจสอบกระบวนการทำสัญญา หรือมติในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นคดีปกครองอันอยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ในระบบกฎหมายไทยยังคงขาดความชัดเจนว่าหากศาลปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ออกได้จากสัญญาจะมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาหรือไม่[10] ผู้เขียนมีความเห็นว่าการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ออกได้จากสัญญา**ไม่มีผล**ต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยตรง แต่อาจเป็นเหตุผลประกอบที่ศาลใช้ในการพิจารณาการมีผลของสัญญาในกรณีที่มีการโต้แย้งกันในเรื่องผลของสัญญา

ในกรณีที่ผู้โต้แย้งเป็นบุคคลที่สามซึ่งอยู่ในฐานะของผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอหรือน่าจะได้ยื่นข้อเสนอในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา อาจแบ่งเป็นสองกรณีคือ

กรณีที่หนึ่ง การโต้แย้ง**ก่อน**ที่จะมีการลงนามในสัญญา สภาพกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนสำหรับบุคคลที่สามซึ่งอยู่ในฐานะของผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอในการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนกระบวนการทำสัญญาในชั้นศาล แต่มีการยอมรับให้มีสิทธิอุทธรณ์ในชั้นของเจ้าหน้าที่และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แก่ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอแล้วเท่านั้น เท่ากับว่าในกรณีของผู้ซึ่งถูกตัดออกจากกระบวนการการทำสัญญาตั้งแต่ต้น ยังคงไม่มีกฎหมายรองรับสิทธิในการการขอให้หยุดการลงนามในสัญญาอย่างแจ้งชัด[11] ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการปรับใช้ระบบการคุ้มครองชั่วคราว

---

[10] ยกตัวอย่างเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดหมายเลขคดีแดงที่ อ.1728/2559 ศาลปกครองสูงสุดได้เพิกถอนมติมิติของคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัดชัยภูมิ ที่อนุมัติให้ทำสัญญาให้เอกชนเช่าที่ดินเพื่อใช้ในกิจการกังหันลมผลิตกระแสไฟฟ้าเนื่องจากกิจการกังหันลมผลิตกระแสไฟฟ้า จึงมิใช่กิจการที่เป็นการบริการหรือเกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของเกษตรกร ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์และพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดิน แต่ศาลก็มิได้ตัดสินในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ของสัญญา เนื่องจากไม่ได้รับฟ้องในประเด็นเกี่ยวกับการเพิกถอนของสัญญาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา

[11]จุดนี้แตกต่างกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสในคดี Département du Tarn-et-Garonne ซึ่งรับรองสิทธิฟ้องคดีของผู้ซึ่งสามารถพิสูจน์ว่าสิทธิของตนอาจจะถูกกระทบโดยตรงอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่ใช่คู่สัญญาหรือผู้ที่เข้ามาในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาแต่แรกก็ตาม ก็มีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลตรวจสอบสัญญาทางปกครองได้ การรับรองสิทธิของผู้ฟ้องคดีนั้นนี้มีประเด็นจะต้องระวังอย่างยิ่งคือจะต้องไม่ทำให้การฟ้องคดีต่อศาลปกครองกลายเป็นการฟ้องคดีโดยประชาชน (L'action populaire ; actio popularis) ในระบบกฎหมายไทยยังไม่รับรองสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้เข้ามาในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตั้งแต่แรกเพราะไม่มีการประกาศโฆษณาการทำสัญญา

Ref. code: 25595601032187GRS

แบบ *référé précontractuel* ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เพื่อขอให้ศาลปกครอง (หรือศาลยุติธรรม) สั่งระงับการลงนามในสัญญาของฝ่ายปกครองชั่วคราวได้ โดยใช้เงื่อนไขว่าเป็นการโต้แย้งเนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการทำสัญญา โดยกำหนดให้การฟ้องคดีจะมีผลเป็นการระงับการลงนามโดยอัตโนมัติ และศาลจะต้องวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวเป็นการด่วน ซึ่งมีข้อดีในแง่ที่ว่าศาลสามารถตรวจสอบกระบวนการทำสัญญาได้ตั้งแต่ก่อนลงนามในสัญญา ซึ่งจะช่วยลดความเสียหายอันจะเกิดจากการเพิกถอนสัญญาในภายหลังได้อย่างไรก็ตามจะต้องออกแบบกฎเกณฑ์ดังกล่าวให้สอดคล้องกับระบบอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามมาตรา 114-119 ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการให้ศาลใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวจะมีผลดีกว่าให้ศาลเป็นเพียงผู้พิจารณาความชอบของการอุทธรณ์ เนื่องจากจะมีความรวดเร็วและสามารถพิทักษ์สิทธิของบุคคลที่สามได้แน่นอนกว่าระบบการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้าง จึงอาจต้องมีการแก้ไขระบบการอุทธรณ์ดังกล่าว

ส่วนกรณีที่สองคือการโต้แย้งภาย**หลัง**จากที่มีการลงนามในสัญญานั้น ในระบบกฎหมายไทยมีปัญหาว่าพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 119 วรรคสุดท้ายได้บัญญัติให้ผู้อุทธรณ์ซึ่งไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญานั้นแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวอาจตีความได้ว่าระบบกฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกทำลายตัวสัญญาได้เลย หากมีการลงนามในสัญญาไปแล้ว แม้ว่าจะได้อุทธรณ์ตามขั้นตอนแล้วก็ตาม แต่หากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาให้มีการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปจนมีลงนามในสัญญาหรือสั่งยุติเรื่องแล้ว ผู้อุทธรณ์ซึ่งไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกลับเรียกร้องได้เพียงแต่ค่าเสียหายเท่านั้นและไม่อาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกระบวนการจัดจ้างให้มีผลกระทบต่อตัวสัญญาได้เลย แม้ว่าผู้อุทธรณ์อาจจะมีเหตุผลที่ควรรับฟังหรือการจัดซื้อจัดจ้างนั้นบกพร่องอย่างเห็นได้ชัดก็ตาม เนื่องจากมาตรา 119 วรรคสุดท้ายได้ตัดอำนาจของศาลในการพิจารณาเพิกถอนกระบวนการจัดจ้างให้มีผลกระทบต่อตัวสัญญาซึ่งได้ลงนามไปเสียแล้ว เท่ากับว่าศาลไม่อาจใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ ความมั่นคงของนิติฐานะของคู่สัญญา และสิทธิของบุคคลภายนอก และไม่อาจใช้อำนาจเต็มในการประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา เพิกถอนสัญญาให้มีผลไปข้างหน้า ลดระยะเวลาในสัญญาหรือกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมได้เลย ทำได้เพียงแต่มีการชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการปิดประตูในการนำข้อความคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มในสัญญาและข้อความคิดเรื่อง *référé contractuel* มาใช้กับระบบกฎหมายไทยไปโดยปริยาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่ไม่เหมาะสมทั้งๆที่ระบบกฎหมายไทยเปิดช่องให้ศาลปกครองใช้อำนาจเต็มในการตรวจสอบคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่แล้วนอกจากนั้นระบบของการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงจนทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะตามมาตรา 104 ยังจำกัดให้เพียงคู่สัญญาเท่านั้นที่เป็นผู้เสนอ

ของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามเคยมีคำพิพากษาซึ่งขยายขอบเขตของผู้มีสิทธิฟ้องคดีไปมาก เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 585/2549 ซึ่งให้เอกชนฟ้องคดีโต้แย้งสัญญาสัมปทานในฐานะเป็นปวงชนชาวไทยเจ้าของอำนาจอธิปไตยและผู้ใช้บริการ

Ref. code: 25595601032187GRS

เรื่องให้กับคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐฯพิจารณา เท่ากับบุคคลภายนอกยังคงถูกจำกัดในการโต้แย้งเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญา แม้ว่าสัญญานั้นจะเกิดจากกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงก็ตาม ทั้งกฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่ได้บัญญัติว่าหากคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐฯมีคำวินิจฉัยแล้ว ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยจะโต้แย้งคำวินิจฉัยหรือฟ้องคดีต่อศาลอย่างไร ผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายไทยจะต้องทบทวนระบบการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเสียใหม่ โดยคำนึงให้ชั้นพิจารณาอุทธรณ์สอดคล้องกับการพิจารณาในชั้นศาลมากขึ้นกว่านี้

ในกรณีที่ผู้โต้แย้งเป็นบุคคลที่สามผู้ได้รับผลกระทบจากสัญญาทั้งทางตรง เช่นเป็นผู้รับประโยชน์ในสัญญา อาจใช้สิทธิได้ในทำนองเดียวกับคู่สัญญาโดยตรง และส่วนกรณีที่ได้รับผลกระทบต่อสัญญาทางอ้อม เช่นเป็นผู้บริโภคหรือเป็นผู้อาศัยในชุมชนในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐอันเป็นวัตถุของสัญญา ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นการตรวจสอบกระบวนการทำสัญญาแล้ว ยังไม่สมควรเปิดช่องให้บุคคลดังกล่าวเข้ามาตรวจสอบกระบวนการทำสัญญาเนื่องจากมิได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการทำสัญญาแต่อย่างใด เว้นแต่ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าเป็นการขอให้ตรวจสอบกระบวนการอันเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในพื้นที่ ผู้เขียนเห็นว่าระบบกฎหมายไทยยังไม่ควรไปไกลถึงขนาดที่รับรองสิทธิในการฟ้องคดีของบุคคลทั่วไปซึ่งมีความสัมพันธ์กับสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างเบาบาง

ส่วนกรณีของการขอให้เพิกถอนตัวสัญญาโดยตรง ซึ่งเป็นการโต้แย้งในเนื้อหาของสัญญานั้น หากเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชนย่อมอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่หากเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครองย่อมอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ผู้เขียนมีความเห็นว่าบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญานั้นไม่อาจขอฟ้องให้มีการเพิกถอนสัญญาโดยตรงอันเป็นการตรวจสอบลงไปในเนื้อหาของสัญญา เนื่องจากไม่ใช่ผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครองแล้วแต่กรณี ตามมาตรา 55 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ และเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวแต่อย่างใด

(b) ส่วน**การโต้แย้งโดยคู่สัญญา**นั้น โดยหลักจะเป็นการขอให้ตรวจสอบในเนื้อหาของตัวสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นหลัก เนื่องจากคู่สัญญาซึ่งผูกพันกันตามสัญญาซึ่งตนได้ทำตามกระบวนการย่อมไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดตามสัญญาได้โดยทุจริต ปัญหาที่เกิดขึ้นในชั้นของการโต้แย้งสิทธิระหว่างคู่สัญญา คือ (1) ปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาทั่วไปเช่นเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน และ (2) ปัญหาในการกำหนดผลของสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือปัญหาว่าสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ โมฆียะไม่ชอบด้วยกฎหมายและจะมีผลผูกพันคู่สัญญาอย่างไร

ในระบบกฎหมายไทยยังขาดความชัดเจนในการหาสาเหตุและกำหนดผลของสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายไทยจะต้องสร้างกฎเกณฑ์ซึ่งเปิดช่องให้ศาลสามารถมีอำนาจเต็มในการกำหนดผลของสัญญาของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยพิจารณาความเหมาะสมและพฤติการณ์โดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับ

Ref. code: 25595601032187GRS

ความแน่นอนในนิติฐานะของคู่สัญญา โดยที่ศาลปกครองอาจจะกำหนดให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะในกรณีที่มีความบกพร่องร้ายแรงหรือเป็นเพียงสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ให้ใช้วิธีการบังคับกันตามสัญญาไปก่อนโดยลดระยะเวลาในสัญญาลงหรืออาจมีการให้ชดใช้ค่าเสียหายหรือกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมตามพฤติการณ์ ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีของศาลปกครองอาจไม่มีปัญหาในการกำหนดคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากสภาพตัวบทได้เปิดช่องไว้อยู่แล้ว แต่ในกรณีศาลยุติธรรมซึ่งกำลังตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายเอกชนและบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นอาจมีปัญหาในการกำหนดคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งแท้จริงแล้วระบบกฎหมายไทยควรจะต้องสร้างมาตรฐานการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองให้อยู่ในระดับเดียวกันทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ทางแก้ไขปัญหานี้อาจแก้ไขได้ด้วยการออกกฎหมายใหม่ในทำนองเดียวกับ *référé contractuel* ซึ่งบังคับใช้กับวิธีพิจารณาความในศาลยุติธรรมและศาลปกครองเหมือนกัน โดยให้อำนาจศาลทั้งสองในการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองลึกลงไปถึงเนื้อสัญญา โดยให้ศาลสามารถระงับการปฏิบัติตามสัญญา ยกเลิกสัญญา ปรับเปลี่ยนระยะเวลาของสัญญา หรือประกาศความเป็นโมฆะของสัญญา โดยอาศัยความบกพร่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการทำสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญา โดยให้ชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ สิทธิของคู่สัญญา สิทธิของบุคคลที่สามประกอบกัน และสมควรที่จะต้องเปิดโอกาสให้บุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สัญญาสามารถฟ้องเพิกถอนตัวสัญญาภายหลังจากที่มีการลงนามในสัญญาได้เช่นกัน เพียงแต่จะต้องกำหนดระบบการพิจารณาคดีให้รวดเร็วและกำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีไม่ให้ซ้ำซ้อนกับฟ้องโต้แย้งกระบวนการทำสัญญาก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา เพื่อไม่ให้บุคคลที่สามประวิงเวลาในการทำสัญญาได้

- ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมเป็นเหรียญสองด้านคือด้านหนึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาท อีกด้านหนึ่งเป็นสัญญาระหว่างคู่ความ ในกรณีที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน การไกล่เกลี่ยย่อมทำได้โดยง่ายในทำนองเดียวกับสัญญาทั่วไป เพียงแต่ระบบกฎหมายไทยจะต้องทบทวนระเบียบภายในฝ่ายปกครองว่าเปิดช่องให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ปิดช่องว่างในการทุจริตมากน้อยเพียงใด ส่วนการไกล่เกลี่ยในคดีสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื้อแท้ของคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็สามารถนำมาระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยได้เช่นกัน เนื่องจากความสัมพันธ์ในรูปแบบสัญญานั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตกลงกันอยู่แล้ว หากการระงับข้อพิพาทจะเป็นไปด้วยการตกลงกันย่อมสอดคล้องกับลักษณะของสัญญามากกว่า การไกล่เกลี่ยในคดีสัญญาทางปกครองยังได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายอื่นๆ[12] มากกว่าการไกล่เกลี่ยในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งมีมีมิติในการนำอำนาจมหาชนมาต่อรองจนเกิดการขายอำนาจรัฐ ผู้เขียนเห็นว่า

---

[12] เช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อนุญาตให้มีการไกล่เกลี่ยในสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุได้ในประมวลกฎหมายพัสดุมาตรา 127 โดยคณะกรรมการที่ชื่อว่า Les comités consulatifs de règalment amiable (CCRA) ส่วนการประนีประนอมเป็นไปตามมาตรา 2044 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 4

Ref. code: 25595601032187GRS

กรณีของการไกล่เกลี่ยและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองยังอาจเปิดช่องให้มีการใช้แนวคิดเรื่องสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag) ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันได้ เฉพาะแต่กรณีที่ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายยังไม่แน่นอนหรือหาข้อยุติไม่ได้ หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้มีการฟ้องร้องกันอีก และเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของฝ่ายปกครอง และสร้างเสริมความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างคู่สัญญา[13] เช่น การพิพาทกันเรื่องระยะเวลาตามสัญญาหรือค่าเสียหายจากการส่งมอบของหรือส่งมอบงานล่าช้าในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีลักษณะซึ่งอาจให้มีการไกล่เกลี่ยกันได้ในทำนองเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตามจะต้องเป็นกรณีที่สัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครองนั้นที่มีปัญหาพิพาทเกี่ยวกับบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญานั้นจะต้องให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย และจำเป็นที่จะต้องมีกฎเกณฑ์ซึ่งป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ที่สังกัดฝั่งคู่สัญญารัฐต้องรับผิดจากการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทั้งยังต้องกำหนดเรื่องความมีอำนาจในการเจรจาตกลงของคู่กรณี การพิจารณาความสามารถ และสภาพบังคับภายหลังจากการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมยอมความ รวมถึงกรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อตกลงในการประนีประนอมยอมความด้วย ซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาโดยละเอียดต่อไป

- ปัญหาเกี่ยวกับระงับข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการการอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนมีความเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับระบบกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีลักษณะเชื่อมโยงถึงกัน ซึ่งระงับข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการการอนุญาโตตุลาการถือเป็นปลายสายที่สุดของปัญหา ปัจจุบันปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้อยู่ที่รัฐแพ้คดีบ่อย แต่อยู่ที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีความชัดเจนในการจัดระบบสัญญาของฝ่ายปกครองและการขาดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารสัญญา ในระบบกฎหมายไทยมีการ “เปิด” ให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเป็นหลัก แต่ใช้การออกมติคณะรัฐมนตรีเป็นการ “ปิด” มิให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เว้นแต่จะมีการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีเป็นรายๆไป จึงทำให้สภาพกลับมาเป็นการ “ปิดเป็นหลัก เปิดเป็นข้อยกเว้น” ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส[14] อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่น่าคิดเป็นอย่างยิ่งว่า ระบบดังกล่าวเป็นระบบที่เหมาะสมแล้วหรือไม่ ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการจำกัดโดยกฎหมายให้สัญญาทางปกครองบางชนิดอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่กลับเขียนเปิดกว้างให้ทำการอนุญาโตตุลาการสัญญาทางปกครองทุก

---

[13] มานิตย์ วงศ์เสรี, “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2, ฉบับที่ 1, น.65 (มกราคม-เมษายน 2545).

[14] ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสหลักการห้ามอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่มีลักษณะทางปกครองถือเป็นข้อห้ามที่ค่าใช้บังคับในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วไป โปรดดู บุบผา อัครพิมาน, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2, ฉบับที่ 1 น. 1-13. (มกราคม.-เมษายน 2545)

Ref. code: 25595601032187GRS

ชนิดได้ และทำการ “ห้าม” อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้วยมติคณะรัฐมนตรี และ ”อุดช่องว่าง” ด้วยการวิธีการอนุมัติด้วยมติคณะรัฐมนตรีเป็นรายๆไป ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายไทย ควรกลับมาทบทวนว่าสมควรมีสัญญาทางปกครองบางประเภทที่ไม่อาจอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ และสถานะของมติคณะรัฐมนตรีในการห้ามอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นอย่างไร หากมีการฝ่าฝืนมติดังกล่าวแล้วจะส่งผลอย่างไรกับการอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนั้นระบบกฎหมายไทยยังมีปัญหาเกี่ยวกับการออกแบบระบบการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาที่เป็นบุคคลต่างประเทศ ซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามสนธิสัญญาและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการทบทวนว่าสัญญาดังกล่าวควรจะสามารถอนุญาโตตุลาการได้ตามหลักการหรือข้อยกเว้นใดเป็นพิเศษและควรมีมาตรการเช่นไรในการบังคับตามคำชี้ขาดกหรือปฏิเสธคำชี้ขาด จึงเป็นเรื่องทางนิตินโยบายที่ต้องถกเถียงว่า รัฐจะควบคุมการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมากน้อยในลักษณะใด แน่นอนว่าการควบคุมโดยรัฐอย่างเข้มข้นจะทำให้การลักษณะของการเป็น “ศาลส่วนตัว” (Private Court) ของอนุญาโตตุลาการค่อยๆเปลี่ยนไปเข้าหาลักษณะของศาลสาธารณะ (Public Court) มากขึ้นทุกที ซึ่งอาจทำให้คู่กรณีไม่เหลือความประสงค์ในการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการที่จำกัดอีกต่อไป

ผู้เขียนเชื่อว่าการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจเป็นไปในลักษณะที่ไม่ราบรื่นนัก ระบบกฎหมายไทยอาจต้องยอมรับให้ศาลปกครองสามารถสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองขึ้นได้ผ่านแนวทางคำวินิจฉัยและการวางหลักโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในขณะเดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติก็สมควรเข้ามามีบทบาทในการทำให้มาตรฐานเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นในทางเดียวกันทั้งในศาลปกครองและศาลยุติธรรม ปัญหาเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นปัญหาเชิงระบบที่จะต้องพิจารณาปัญหาหลายส่วนไปพร้อมๆกัน ประดุจสายโซ่ที่ร้อยเรียงกัน เพราะปัญหาความไม่แน่นอนในการแบ่งประเภทของฝ่ายปกครองและนิยามของสัญญาทางปกครองย่อมนำมาซึ่งความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายกับสัญญา และส่งผลต่อกระบวนการตรวจสอบสัญญาไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยศาลหรือโดยอนุญาโตตุลาการในที่สุด ปัญหาในลักษณะนี้ปรากฏในฝรั่งเศสเช่นกัน การเปลี่ยนผ่านกฎหมายปกครองให้สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปก็มิได้เป็นไปอย่างราบรื่น[15] ในช่วงระยะแรกของการเปลี่ยนผ่านย่อมเกิดปัญหาความไม่แน่นอนในนิติฐานะและปัญหาความสับสันในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ขึ้นได้

เมื่อกฎหมายในยุคปัจจุบันไม่ใช่เพียงเรื่องของรัฐหนึ่งรัฐเดียวเท่านั้น ภายใต้สังคมโลกาภิวัตน์ ปัจจุบันรัฐจึงจำเป็นต้องมีการประสานสร้างกระบวนกฎหมายให้เป็นนานาชาติ (internationalization du droit) เพื่อทำให้กฎหมายเป็นสากลและสามารถใช้ร่วมกันได้มากขึ้น และ

---

[15] โปรดดู Mathias Amilhat, *infra note 3* ซึ่งเป็นงานที่ศึกษาความยากลำบากในการเปลี่ยนผ่านข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในเรื่องสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องกับสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะในหัวข้อ Des difficultés liées au décalage entre notions de droit interne et notions de droit européen p.88-124.

Ref. code: 25595601032187GRS

จะต้องมีการประสานกฎหมาย (harmonization) หรือการทำให้กฎหมายเกิดลักษณะผสม (hybridation) เพื่อนำข้อดีของระบบกฎหมายอื่นๆมาใช้กับระบบกฎหมายของตน[16] แม้ว่าไทยจะไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรเหนือรัฐ ซึ่งทำหน้าที่ประสานกฎหมายของรัฐสมาชิกให้เป็นหนึ่งเดียวกันอย่างสหภาพยุโรปก็ตาม แต่การประสานกฎหมายดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากความร่วมมือ แลกเปลี่ยนถ่ายเทข้อมูลระหว่างระบบกฎหมายผ่านทางนักกฎหมาย และการนำคำพิพากษาบรรทัดฐานและหลักกฎหมายต่างๆมาวิเคราะห์ก็ได้ ระบบกฎหมายไทยจึงอาจปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยอาศัยการนำบทเรียนจากสหภาพยุโรปและฝรั่งเศสเพื่อให้สัญญาของฝ่ายปกครองของไทยมีมาตรฐาน สามารถทำให้การบริการสาธารณะลุล่วงไปได้ พร้อมๆกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาเอกชนหรือบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา

---

[16] ปิยบุตร แสงกนกกุล, “การปรับเปลี่ยนลักษณะของกฎหมายในยุคหลังสมัยใหม่” ,วารสารฟ้าเดียวกัน ปีที่ 7, ฉบับที่ 4, น.113 (ตุลาคม-ธันวาคม 2552) .

Ref. code: 25595601032187GRS

ตารางเปรียบเทียบระบบการจัดหาภาครัฐ (Public procurement)

และ ระบบการตรวจสอบกระบวนการจัดหาระหว่างระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ฝรั่งเศสและไทย

	ไทย (ก่อน 24 กพ.2560)	ไทย (ปัจจุบัน)	สหภาพยุโรป	ฝรั่งเศส
ตัวบทกฎหมายหลัก	ระเบียบพัสดุ 2535 และระเบียบเฉพาะของหน่วยงาน	พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในฐานะกฎหมายกลาง	Directive 2014/24/EU Directive 2014/25/EU	ประมวลกฎหมายพัสดุ Code des marché publics รัฐบัญญัติ Sapin
ขอบเขตการบังคับใช้	“ส่วนราชการ” ซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุ หมายถึง กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจและส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานอื่นๆซึ่งมีระเบียบพัสดุของตนเอง	การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ของ “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งก็คือ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์กรอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง	สัญญาภาครัฐซึ่งทำโดย : Contracting authority Contracting entity ซึ่งคือ รัฐ ภูมิภาค ท้องถิ่น องค์กรที่อยู่ใต้กฎหมายมหาชน กิจการในการควบคุมของฝ่ายปกครอง หรือองค์กรร่วมขององค์กรที่กล่าวมา ซึ่งมีมูลค่าของสัญญาขั้นต่ำตามที่ Directive กำหนด	สัญญาที่ หน่วยงานผู้มีอำนาจทำสัญญา (Les pouvoirs adjudicateurs) ซึ่งมีความหมายเดียวกับสหภาพยุโรป ทำขึ้นเพื่อจัดซื้อจัดจ้าง
ข้อยกเว้น	การผ่อนผันโดยมติคณะรัฐมนตรี	มาตรา 7 : การจัดซื้อจัดจ้างของวิสาหกิจซึ่งเกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง,การจัดซื้ออุทโธปกรณ์, สัญญาจ้างเพื่อวิจัยและพัฒนา ฯลฯ มีกรณีที่รัฐสามารถตราเป็นพระราชกฤษฎีกายกเว้นได้	มาตรา 7-12 (Directive 2014/24/EU) มาตรา 18-29 (Directive 2014/25/EU) Light-touch regime	หลักการเหมือนกับสหภาพยุโรป เช่น เรื่องสัญญาตามสนธิสัญญาทวิภาคี การจัดซื้ออุทโธปกรณ์ ,in house contract เป็นต้น

Ref. code: 25595601032187GRS

คุณค่าหลัก	ไม่มี	มาตรา 8 ความคุ้มค่า ความโปร่งใส ความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล การตรวจสอบได้	ตลาดร่วมเสรี การแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม ความโปร่งใส	ความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง ความโปร่งใส การแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม
นิยามการจัดหา	ไม่มี	มาตรา 4 การจัดซื้อจัดจ้างหมายถึงการดำเนินการมาเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุด้วยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่น	การจัดหาซึ่งงานโยธาสาธารณะ (work) การจัดจ้างบริการ (service) และพัสดุ (Supply)	มาตรา 1 ประมวลกฎหมายพัสดุ
ชนิดของการจัดหา	1. การซื้อหรือการจ้าง 2. การจ้างที่ปรึกษา 3. การจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง 4. การแลกเปลี่ยน 5. การเช่า ไม่มีการแบ่งแยกการทำสัญญาจัดซื้อในกิจการสาธารณูปโภคเป็นพิเศษ แต่มีเรื่องการทำสัญญาร่วมทุนซึ่งมีกฎเกณฑ์พิเศษ	1. การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่ไม่ใช่งานจ้างที่ปรึกษาและงานจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง 2. การจ้างที่ปรึกษา 3. การจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง ไม่มีการแบ่งแยกการทำสัญญาจัดซื้อในกิจการสาธารณูปโภคเป็นพิเศษ แต่มีเรื่องการทำสัญญาร่วมทุนซึ่งมีกฎเกณฑ์พิเศษ	1.การจัดหาในกิจการทั่วไป 2. การจัดหาในกิจการพิเศษเกี่ยวกับสาธารณูปโภค	คล้ายคลึงกับสหภาพยุโรป การจัดหาในกิจการทั่วไปเป็นไปตามประมวลกฎหมายพัสดุ การจัดหาซึ่งงานโยธาสาธารณะ (work) การจัดจ้างบริการ (service) และพัสดุ (Supply) ส่วนการจัดหาตามกิจการสาธารณูปโภคกระจายตัวอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน
แผนการจัดหา	ไม่มี	**มาตรา 11** บังคับให้หน่ายงานของรัฐทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง	บังคับให้หน่วยงานปกครองของรัฐสมาชิกต้องทำแผนการจัดหาเป็นรายปี	เหมือนกับสหภาพยุโรป
สัญญาแบบ	มีสัญญาแนบท้ายระเบียบพัสดุ	มีสัญญาแบบตามมาตรา 93 ซึ่งสัญญาแบบแบบต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา	ไม่มี	Cahier des charges

Ref. code: 25595601032187GRS

	ซึ่งฝ่ายปกครองต้องทำตาม แต่มีสภาพบังคับไม่ชัดเจน หากมีการฝ่าฝืนระเบียบพัสดุหรือการไม่ทำตามสัญญาแบบ ต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบ แต่ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายแต่อย่างใด	หน่วยงานของรัฐต้องทำตามสัญญาแบบตามที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด**โดยผ่านความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด** หากทำสัญญาแตกต่างจากสัญญาแบบต้องมีการเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุด หากส่วนที่แตกต่างหรือส่วนที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของอัยการสูงสุดเป็นสาระสำคัญ สัญญานั้น**ตกเป็นโมฆะ**		หากฝ่าฝืนสัญญาแบบไม่ทำให้สัญญาเสียไปแต่อย่างใด สัญญาแบบนั้นอาจมีลักษณะเป็น “กฎ” ซึ่งอาจถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองได้
หน้าที่ในการประกาศของฝ่ายปกครอง	ไม่มี	มี ต้องประกาศทั้งขั้นตอนก่อนทำกับตอนได้ตัวผู้ชนะ (มาตรา 66)	Office journal Periodic Indicative Notice (PIN) CAN	เหมือนกับสหภาพยุโรป
การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือโครงการ **(Specification)**	ไม่มี	มาตรา 9 ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงคุณภาพ เทคนิค และวัตถุประสงค์ ห้ามกำหนดคุณสมบัติให้ใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งหรือผู้ขายรายใดเฉพาะ	การกำหนดรายละเอียดเชิงเทคนิค ต้องขจัดการเลือกปฏิบัติ และคำนึงถึงความยั่งยืนคุ้มค่า พันธกรณีเรื่องสังคมและสิ่งแวดล้อม การกำหนดมาตรฐานคุณภาพต้องมีลักษณะร่วมกัน ไม่ใช่เป็นอัตวิสัยตามอำเภอใจของรัฐใดรัฐหนึ่ง	เหมือนกับสหภาพยุโรป
คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ **(Qualification)**	ไม่เป็นผู้ทิ้งงาน	มาตรา 64 มีความสามารถบุคคล ไม่ล้มละลาย ไม่อยู่ระหว่างเลิกกิจการ ไม่เป็นผู้ถูกระงับการยื่นข้อเสนอ	ต้องผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (economic operators) คุณลักษณะต้องห้ามแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ	เหมือนกับสหภาพยุโรป

Ref. code: 25595601032187GRS

		ไม่เป็นผู้ทิ้งงาน ไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามอื่นๆตามประกาศฯ ต้องกำหนดเรื่องคุณสมบัติและเกณฑ์การให้คะแนนไว้ในหนังสือเชิญชวน เรียกให้ให้ข้อมูลทางเทคนิคได้	(1) คุณลักษณะต้องห้ามซึ่งรัฐจะต้องคัดออก ได้แก่ มาตรา 57 (1) เป็นองค์กรอาชญากรรม ทุจริตคอรัปชั่น ฯลฯ (2) คุณลักษณะต้องห้ามซึ่งรัฐจะอาจคัดออก ตาม 57(4) เช่นทำผิดจรรยาบรรณวิชาชีพร้ายแรง การฮั้วประมูล การขาดศักยภาพ ฯลฯ	
การจำกัดบัญชีรายชื่อ (Shortlisting)	ไม่มี	มาตรา 9 ระเบียบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาข้อเสนอ เรียงลำดับตามคะแนน	จัดลำดับโดยบัญชีเรียงตามลำดับคะแนน โดยอิงตามเกณฑ์ที่ใช้ในการคัดเลือกผู้ชนะที่จะได้เป็นคู่สัญญา	เหมือนสหภาพยุโรป
การเลือกใช้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา	การตกลงราคา การสอบราคา การประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ วิธีการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์	วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป (=การเสนอราคาแบบเปิด) วิธีการคัดเลือก (= การเสนอราคาแบบปิด) วิธีเฉพาะเจาะจง (=การต่อรองเจรจา) วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการประกวดแบบ (เฉพาะกรณีการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง)	**แบบเก่า** การเสนอราคาแบบเปิด การเสนอราคาแบบจำกัด การต่อรองเจรจา **แบบใหม่** การเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) การสร้างความร่วมมือทางนวัตกรรม (Innovation Partnership) การกำหนดกรอบการเจรจา (framework agreement) ระบบการจัดซื้อพลวัต E-auction การประกวดแบบ (design contest)	**วิธีการหลัก** การเสนอราคาแบบเปิดการเสนอราคาแบบจำกัด การต่อรองเจรจา การเจรจาแข่งขัน **วิธีการอื่นๆ** การจัดซื้อมูลค่าต่ำ (MAPA),การประกวดแบบก่อสร้าง.การจัดซื้อพลวัตร,การจัดหากรณีเร่งด่วน) E-auction

การคัดเลือก (contract award criteria)	พิจารณาจากข้อเสนอเชิงเทคนิค ราคา และ สถานะทางการเงินของผู้ยื่นข้อเสนอ	มาตรา 65 ใช้เกณฑ์ราคาและเกณฑ์อื่นประกอบ ให้มีการให้น้ำหนักและให้คะแนน ข้อเสนอที่ได้รับคะแนนสูงสุดจะได้รับการคัดเลือก หน่วยงานมีหน้าที่ต้องปิดประกาศผลการคัดเลือก	เกณฑ์ข้อเสนอที่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อฝ่ายปกครอง (MEAT) ตามลำดับคะแนนซึ่งได้ทำบัญชีรายชื่อไว้	เหมือนสหภาพยุโรป
การยกเลิกกระบวนการจัดหา	ไม่มี	มาตรา 67 ต้องทำก่อนลงนามในสัญญา เป็นเอกสิทธ์ของฝ่ายปกครอง ผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายได้	ดู Case C-27/98, Fracasso and Leitschutz v. Salzburger Landesregierung [1999] ทำได้จำกัดอย่างยิ่ง	เป็นไปตามประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งปรับใช้หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกับสหภาพยุโรป
ระยะเวลายืน (Standstill period)	ไม่มี	มาตรา 66 วรรคสอง ต้องพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 117 (7 วันนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง) ฝ่ายปกครองจึงจะลงนามในสัญญาได้	มี เป็นไปตาม Remedies Directives ซึ่งกำหนดให้รัฐกำหนดระยะเวลายืนตามสมควรก่อนที่ลงนามในสัญญา เพื่อให้ผู้ยื่นข้อเสนอที่เดือดร้อนเสียหายสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองหรือฟ้องคดีต่อศาลได้	มี ตาม Article 101 Décret n° 2016-360 กำหนดให้มีระยะเวลายืน 16 วันนับตั้งแต่วันที่ฝ่ายปกครองไม่รับข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอ
การตรวจสอบกระบวนการจัดหา ก่อนการลงนามในสัญญา	ไม่มี	หมวด 14 รองรับการใช้สิทธิอุทธรณ์**ของผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอฯ** ในเรื่อง : (1) วิธีการจัดซื้อจัดจ้าง (2) เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง (3) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง (4) การละเว้นหน้าที่ต่างๆตามกฎหมาย (5) กรณีอื่น ให้อุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐ ภายใน 7 วันนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง	**Remedies directive** ได้กำหนดพันธกรณีให้กับรัฐภาคีสมาชิกจะต้องมีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดหาที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา ซึ่งเป็นผู้ยื่นข้อเสนอ โดยปล่อยให้รัฐออกแบบกลไกการตรวจสอบได้โดยอิสระ และ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ขั้นต่ำในเรื่อง (1) การกำหนดให้มีกลไกการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ	อาจมีการตรวจสอบกระบวนการทำสัญญาโดยศาลยุติธรรม (กรณีสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน) และ ศาลปกครอง (กรณีสัญญาทางปกครอง) โดยการร้องขอ **référé precontractuel**ซึ่งเป็นกระบวนพิจารณา**<u>เร่งด่วน</u>**เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อขอให้ศาลเข้ามาพิจารณาและสั่งการ**<u>เพื่อมิ</u>**

		<u>ชั้นหน่วยงานของรัฐ</u> ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นด้วยกับการอุทธรณ์ ให้ดำเนินการภายใน 7 วันนับแต่ได้รับอุทธรณ์ หากหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ ให้ส่งให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 3วัน **<u>ชั้นคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์</u>** คณะกรรมการฯจะพิจารณาอุทธรณ์ (ภายใน 30 วัน ขยายเวลาได้สองครั้ง) สามารถสั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ได้ **ผู้ที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของสามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ <u>แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อนั้นแล้ว</u>**	(2) การคุ้มครองชั่วคราว (3) การเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองซึ่งเกี่ยวกับสัญญา	**<u>ให้ฝ่ายปกครองลงนามในสัญญา</u>** โดยวัตถุแห่งการตรวจสอบคือ “การกระทำ” ที่เกี่ยวเนื่องกับ “สัญญา" ที่มีกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในเรื่องการโฆษณาประกาศ หรือเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม
การตรวจสอบกระบวนการทำสัญญาภายหลังการลงนามในสัญญา	โดยศาลปกครองและศาลยุติธรรม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นยังไม่มีเป็นลายลักษณ์อักษร	โดยศาลปกครองและศาลยุติธรรม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นยังไม่มีเป็นลายลักษณ์อักษร	เช่นเดียวกับกรณีการตรวจสอบก่อนการลงนามในสัญญา	โดยศาลยุติธรรมและศาลปกครองอาจมีการขอให้ตรวจสอบโดยใช้ **référé contractuel** โดยวัตถุแห่งการตรวจสอบคือสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในเรื่องการโฆษณาประกาศ หรือเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีเป็นธรรม
การห้ามทำสัญญาช่วง	เป็นทางปฏิบัติในข้อสัญญาแบบ	มาตรา95 สัญญาที่ทำในราชอาณาจักรต้องมีข้อตกลงในการห้ามคู่สัญญาไปจ้างช่วงให้ผู้อื่นทำอีกทอดหนึ่ง ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เว้นแต่การจ้างช่วงแต่บางส่วน	มาตรา 71 Directive 2014/24/EU มาตรา 88 Directive 2014/25/EU มาตรา 42 ของ Directive 2014/23/EU	มีได้ ในกรณีที่สัญญามีลักษณะซับซ้อนหรือเป็นการปฏิบัติการชำระ

		ที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาแล้ว ถ้าคู่สัญญาไปจ้างช่วงโดยฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว ต้องกำหนดให้มีค่าปรับสำหรับการฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของวงเงินของงานที่จ้างช่วงตามสัญญา	ในตั้งแต่ในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาสามารถเรียกร้องให้ผู้ยื่นข้อเสนอระบุในการขอบเขตการทำสัญญาช่วงไว้ในเอกสารประกอบการคัดเลือกคู่สัญญา (procurement documents) ได้ ผู้รับช่วงสัญญาจะต้องการประกันว่าการปฏิบัติตามสัญญาของตนจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสังคม และกฎหมายแรงงานในทำนองเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาช่วง รัฐสมาชิกยังอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถชำระเงินในงานที่เป็นส่วนของผู้รับช่วงสัญญา (subcontractors) ให้กับตัวคู่สัญญาหลัก (the main contractor) ได้โดยตรง โดยที่คู่สัญญาหลักยังคงมีความรับผิด (liability) ในงานที่ช่วงไปทุกประการ	หนี้ที่ไม่ได้ใช้คุณสมบัติพิเศษของคู่สัญญา เอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่ได้หลุดพ้นจากความรับผิดและหน้าที่ตามสัญญาแต่อย่างใด สัญญารับช่วงเกิดขึ้นได้
การแก้ไขสัญญา	ข้อ 136 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญามิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นการจำเป็น และจะต้องไม่ทำให้ราชการเสียประโยชน์ หรือ เป็นการแก้ไข	โดยหลัก การแก้ไขสัญญาพัสดุจะทำไม่ได้ ตามมาตรา 97เว้นแต่จะเป็นการแก้เพื่อให้อัยการสูงสุดเห็นชอบมีความจำเป็น และไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ แก้เพื่อประโยชน์ของหน่วยงานหรือประโยชน์สาธารณะ กรณีอื่นตามกฎกระทรวง ซึ่งถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าการแก้ไขสัญญาจะมีปัญหา ให้ส่งไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ หากแก้	แก้ไขได้ในกรณีที่ (1) มีข้อสัญญาเดิมกำหนดให้คู่สัญญามีการทบทวนและแก้ไขสัญญากันและการแก้สัญญานั้นจะ**<u>ต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวม</u>**ของสัญญาเดิม (2) เป็นเรื่องในทางเทคนิคที่ต้องการ วัสดุ การบริการ การติดตั้งจากผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายเดิม และ<u>หากมีการเปลี่ยนแปลง</u>	หากเป็นสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว โดย (1) จะต้องไม่เป็นการเข้าลักษณะการทำสัญญาขึ้นใหม่ (2) จะแก้ไขข้อสัญญาเกี่ยวกับภาระด้านการเงิน (les clause

	เพื่อผลประโยชน์ของทางราชการ และหากมีการเพิ่มวงเงิน จะต้องทำตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณด้วย และในกรณีที่เป็นการแก้ไขงานที่มีข้อจำกัดทางเทคนิค จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต้องมีการรับรองเฉพาะจากผู้เชี่ยวชาญด้วย ในกรณีของสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญา	แล้วจะมีปัญหาเรื่องวงเงิน และระยะเวลาการส่งมอบระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงไปด้วย อย่างไรก็ตามในกรณีของสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญา ซึ่งมีที่มาจากข้อสัญญาแบบ กฎหมาย และหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อเจตนาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันไว้ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียไป โดยต้องคำนึงถึงดุลยภาพทางการเงินในสัญญาและความเป็นธรรมด้วย (โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2554)	ตัวคู่สัญญาจะก่อความไม่สะดวกอย่างยิ่ง และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น โดยการแก้ไขสัญญานั้นจะเป็นการเพิ่มราคาของสัญญาได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม (3) เป็นในการแก้ไขสัญญาเนื่องจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งการแก้ไขสัญญาจะต้องไม่ทำให้สภาพโดยรวมเปลี่ยนไป และการแก้ไขสัญญานั้นจะเป็นการเพิ่มราคาของสัญญาได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม (4) เป็นการแก้ไขสัญญาเปลี่ยนตัวคู่สัญญาที่มีข้อสัญญาชัดแจ้งกำหนดให้ทำได้ หรือเป็นกรณีที่มีการสืบสิทธิโดยทั้งหมดหรือบางส่วนของคู่สัญญาเดิม (5) เป็นการแก้ไขสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญ กรณีนอกจากนี้หากมีการแก้ไขสัญญา ฝ่ายปกครองของรัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการเลิกสัญญาดังกล่าว เพื่อเริ่มกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาใหม่	financières du contrat) ไม่ได้ (3) ต้องสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ (4) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาแล้ว จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีที่ใช้น้อยลงจากกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป ปัจจุบันการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นไปในลักษณะเดียวกับกฎหมายสหภาพยุโรป
การบอกเลิกสัญญา	ข้อ 137 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ ฝ่ายปกครองจะต้องบอกเลิกสัญญา เมื่อ “มีเหตุอันควร	มาตรา 103 ในกรณีที่มีเหตุบอกเลิกสัญญา (เหตุตามกฎหมาย,เหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด,เหตุอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือในสัญญาหรือข้อตกลง, เหตุอื่นตามระเบียบที่	รัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการประกันว่าฝ่ายปกครองจะสามารถเลิกสัญญาได้ ภายใต้สถานการณ์และเงื่อนไขภายใต้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกเมื่อเกิดกรณีดังต่อไปนี้	หากเป็นสัญญาภาครัฐ เป็นตามหลักการทำนองเดียวกับสหภาพยุโรป

	เชื่อ”ว่าผู้รับจ้างไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จ ข้อ 138 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ ยังกำหนดให้ส่วนราชการฝ่ายปกครองใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าปรับ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และค่าปรับจะเกินกว่าร้อยละ 10 ของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง เว้นแต่คู่สัญญาจะยอมเสียค่าปรับให้ฝ่ายปกครองโดยไม่มีเงื่อนไขซึ่งในกรณีนี้หัวหน้าส่วนราชการก็จะผ่อนปรนการใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น ในกรณีของสัญญาทางปกครอง ปรากฏลักษณะของการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง	รัฐมนตรีกำหนด) ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกับคู่สัญญา การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะในกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป ในกรณีของสัญญาทางปกครอง ปรากฏลักษณะของการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประโยชน์สาธารณะและจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552)	(1) เมื่อสัญญาถูกแก้ไขในสาระสำคัญ (substantial modification) ตามมาตรา 72 ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 89 ของ Directive 2014/25/EU (2) เมื่อในขณะที่คัดเลือกคู่สัญญา คู่สัญญามีคุณสมบัติต้องห้าม ตามมาตรา 57(1) ของ Directive 2014/24/EU และมาตรา 38(4) ของ Directive 2014/23/EU (3) เมื่อสัญญาถูกทำขึ้นโดยกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ (serious infringement) ของสนธิสัญญาการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) และ Directive อย่างร้ายแรง ซึ่งถูกศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปประกาศ (declared) ตามกระบวนการของมาตรา 258 ของ TFEU	กรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการเลิกสัญญาดังเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่โดยศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชย (indemnité) ซึ่งครอบคลุมทั้งค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (dannum emergens) และค่าขาดรายได้ คือ ผลกำไรที่ควรจะได้รับหรือคาดว่าเสียไป (lucrum cessans) ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ในฐานะวิธีการสุดท้ายและใช้อย่างระมัดระวังอย่างยิ่ง

Ref. code: 25595601032187GRS

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

คถา สถลสุต. “กุญแจแปดดอกสำคัญของสัญญาของรัฐ” ในหนังสือรวมบทความ แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม. หน้า 217. กรุงเทพมหานคร : ส เจริญ การพิมพ์. 2554.

จารุประภา รักพงษ์. กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก:การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

จำปี โสตถิพันธุ์. หลักความรับผิดก่อนสัญญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2548.

จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สัญญาของรัฐ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2554.

_____. “การสร้างความชัดเจนแก่การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยการศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการ” ในหนังสือรวมบทความ 72 ปีครูผู้อุทิศตนเพื่อวิชาชีพกฎหมาย ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. หน้า 21. 2559.

เจตน์ สถาวรศีลพร. “ข้อพิจารณาบางประการสำหรับการให้ลักษณะสัญญาทางปกครองแก่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” ใน รวมบทความวิชาการเล่ม 4 : กฎหมายปกครองต่างประเทศ. หน้า 196. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. “คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.” พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2556.

ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา. กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2559.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2553.

ดิสทัต โหตระกิตย์. “องค์กรที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย.” ในหนังสือรวมบทความ แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม. หน้า 39 กรุงเทพมหานคร : ส เจริญ การพิมพ์. 2554.

ธีรวัฒน์ ว่องแก้ว. “อนาคตของการใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในประเทศไทย: ร่อนเร่พเนจรบนถนนสายเมฆหมอก” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม. หน้า 515 กรุงเทพมหานคร : ส เจริญ การพิมพ์. 2554.

นาถนิรันดร์ จันทร์งาม. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

นารี ตัณฑเสถียร. “สัญญาของรัฐ” ใน 72 ปีครูผู้อุทิศตนเพื่อวิชาชีพกฎหมาย ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล หน้า 266 .2559.

Ref. code: 25595601032187GRS

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2556.

_____. หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2551.

นิธิ เอียวศรีวงศ์. “ประวัติศาสตร์และการวิจัยทางประวัติศาสตร์” ในหนังสือ ปรัชญาประวัติศาสตร์. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และ สุชาติ สวัสดิ์ศรี (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 3. หน้า 224 กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. 2527.

บุปผา อัครพิมาน. สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง. 2545.

_____. “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.”ในหนังสือ รวมบทความวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ. หน้า 192 กรุงเทพ : สำนักงานศาลปกครอง

ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556

ปิยะดา สุจริตกุล และ มานิดา ซิมเมอร์แมน. “กิจการร่วมค้าในประเทศไทย : มุมมองจากนักลงทุนฝ่ายไทย.” ในหนังสือ รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์. หน้า 207. 2536.

ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส” รวมบทความวิชาการเล่ม2 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ. หน้า 223 กรุงเทพ : สำนักงานศาลปกครอง

ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. “ความจำเป็นในการจัดทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง” ใน 60 ปี ดาราพร รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ถิระวัฒน์ หน้า 155. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2555.

พนม เอี่ยมประยูร. “ผลของสัญญาทางปกครอง.” ในหนังสือ ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร. 2545.

ยงยุทธ อนุกูล. “หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ” ในหนังสือ รวมบทความวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ หน้า 115.กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง.

ฤทัย หงส์ศิริ. ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครองภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร. 2554.

วิษณุ วรัญญู. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. 2538.

วิษณุ วรัญญู. ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และ เจตน์ สถาวรศีลพร. ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 2551.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 19 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2558.

Ref. code: 25595601032187GRS

สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. คู่มือสอบกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2557.

สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง. ถอดเทปการบรรยายพิเศษเรื่อง กฎหมายปกครองและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดย M. Philippe Martin วันที่ 31 ตุลาคม – 3 พฤศจิกายน 2543. กรุงเทพมหานคร : พีเพรส .2552.

สำนักพัฒนาระบบคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง. “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.” มกราคม 2551.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร : ประกายพรึก. 2548.

อนันต์ จันทรโอภากร. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

อภิญญา เลื่อนฉวี. กฎหมายสหภาพยุโรป. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2548.

บทความวารสาร

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. “ความพยายามในการนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับใช้กับประเทศไทยในภาพรวม.”วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอนที่ 3 (ธันวาคม 2541) : 14

กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง. “ระบบกฎหมายผสม.” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 36 ฉบับที่ 3. 568 (กันยายน 2550) : 568-589.

จุลสิงห์ วสันตสิงห์. “สัญญาไม่ผูกพัน : ผลของการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 29. ฉบับที่ 1 (ฉบับพิเศษ 2554) : 60.

จันทจิรา เอี่ยมมยุราและ ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล. “ปัญหาเกี่ยวกับการตีความสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม.” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่16 ฉบับที่ 3 (2559) : 57-86

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ.”วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 6 ตอนที่ 8. 318 (2530) : 318-343.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 ตอน 1 (เมษายน 2543)

_____. “ความหมายของรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 2 ตอน1 . 8 (เมษายน 2526) : 8-37.

ไชยวัฒน์ บุนนาค. “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน Which Way To Go?.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (มิถุนายน 2549) : 273.

Ref. code: 25595601032187GRS

ดาราพร เตชะกำพุ. “แนวความคิดและหลักของ cause ตามหลักกฎหมายสัญญาฝรั่งเศส” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1. 33 (2530) : 33-43.

นพรัตน์ อุดมโชคมงคล. “สัญญาทางปกครอง: บุคคลภายนอกฟ้องร้องได้หรือไม่” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41. ฉบับที่ 4. 860 (ธันวาคม 2555)

นรินทร์ อิธิสาร. “ทฤษฎีการกระทำสองขั้นตอน Zweistufentheorie” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 16 ฉบับที่ 1 .23 (มกราคม-มีนาคม 2559) : 23-35

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส (Contrats administratif).” วารสารกฎหมายปกครอง. ปีที่ 5. (2529)

ปิยภรณ์ ชัยวัฒน์. “คำพิพากษาศาลต่างประเทศ ลาภมิควรได้ : สัญญาทางปกครองที่มีผลเป็นโมฆะ”. วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2552) : 118-123.

_____. “การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งสัญญาทางปกครองโดยบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาและผลที่เกิดขึ้นต่อการเปลี่ยนไปของแนวคำวินิจฉัยของศาล.” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 12. ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม 2555) : 127-135.

_____. “เหตุความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 14 ฉบับที่ 4 .71 (ตุลาคม-ธันวาคม 2557) : 71-90.

พัชฌา จิตรมหึมา.“ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.” วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ 27 ฉบับที่ 3. (2553)

โภคิน พลกุล. “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 6 ตอน 2 (สิงหาคม 2530) : 292.

ฤทัย หงส์สิริ. “การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาบังคับใช้แก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 18 ตอนที่ 1 (เมษายน 2542) : 58

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองตาม common law ในระบบกฎหมายอังกฤษ.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 ฉบับที่ 3. 555 (กันยายน 2535) : 556.

_____. “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 29 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2542) : 262-276

_____. “แนวคิดและการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง” วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (เมษายน – กันยายน 2550) : 150

_____. “ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 40. ฉบับที่ 2. (มิถุนายน 2554) : 26

วิษณุ วรัญญู. “การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2547) : 90

Ref. code: 25595601032187GRS

เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา. “หลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง:กรณีศึกษาจากคดีโครงการโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน”. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559) : 46

Adam Reekie. “Public Private Partnership Lessons learned the Hard Way: 20 Years of the UK’s Private Finance Initiative.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 44. ฉบับที่ 2. 305 (มิถุนายน 2558) : 305-374

Matthias Herdegen. “The Legal Regime for Administrative Contracts under German Law.” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 17 ตอนที่ 3

Philippe Turguet de Beauregard. “การบรรยายพิเศษโดยที่ปรึกษาสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส ในหัวข้อสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง.”วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 18 ตอนที่ 1. 7 (เมษายน 2542) : 7

วิทยานิพนธ์

กิตติศักดิ์ อุไรวงศ์. “ความเป็นมาและปัญหาสถานะทางกฎหมายของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2529.

จุฑามาศ นาคทั่ง. “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2554.

ชวลิต เศวตสุด. “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.

ชาตรี ศิลาภา. “สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553.

ปารวี พิสิฐเสนากุล. “หลัก calsula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553.

พรพิมล บุญทวีเวช. “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.

ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล. “ปัญหาทางกฎหมายขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระที่ทำหน้าที่กำกับกิจการทางเศรษฐกิจในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2557.

สุริยา เพิ่มบุญ. “การเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในกฎหมายมหาชน.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

Ref. code: 25595601032187GRS

อภิราชย์ ขันธ์เสน. “การนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับข้อพิพาททางปกครอง” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

เอกสารอื่นๆ

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. “สัญญาทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ.” เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2529.

ดนัย ศรีโมรา. “สัญญาทางปกครองของประเทศตุรกี” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2547.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ "รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”. (สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง. 2547)

เพ็ญศรี วงศ์เสรี. “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”. เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาคครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ. สำนักงานวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

โภคิน พลกุล. “คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.” เอกสารนำเสนอในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับกลาง รุ่นที่ 12 เรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง.” 2552

สันติ เจริญพรพัฒนา. “การร่วมลงทุนระหว่างรัฐบาลและเอกชน (Public Private Partnership).” เอกสารประกอบวิชา CVE619 Infrastructure System Development โครงการวิศวกรรมและการบริหารการก่อสร้าง ภาควิชาวิศวกรรมโยธา คณะวิศวกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี . 2549.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ” โครงการเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. สิงหาคม 2547.

อรพิน ผลสุวรรณ์ สบายรูป. “โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง” เสนอต่อสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน . มกราคม 2549.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ปาลีรัฐ ศิริวรรณพฤกษ์. “ตุลาการกับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมตามหลัก équité” ใน www.pub-law.net. 8 กรกฎาคม 2558

นันทวัฒน์ บรมานันท์. “แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง”. http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1228. 27 กรกฎาคม 2558

Ref. code: 25595601032187GRS

สำนักข่าวอิศรา. “พลิกแฟ้มคดีรัฐ VS เอกชน! ‘รบ.บิ๊กตู่’เตรียมสาง-ค่าโง่ 6.8 แสนล้าน ใครจ่าย?” http://www.isranews.org/isranews-scoop/item/43620-bigtu_43620ddddddz.html . 8 สิงหาคม 2559

Books and articles in books

Carri Ginter. “Estonie/Estonia.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.599-600 Bruxelles : Bruylant. 2010.

Christopher H. Bovis. “Legal Redress in Public Procurement Contracts.” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond. p. 370 Belgium : Bruylant 2014.

Colin C. Turpin. “Public Contracts”. International Encyclopedia of Comparative Law Volumes 7 “Contract in General.” Hague : Martinus Nijhoff .1982.

Dominique Pouyaud. la nullité des contrats administratifs. Paris : L.G.D.J. .1991.

François licheré. “New award procedure.” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond. p.95 Belgium : Bruylant. 2014.

_____.“Les parteneriats public-privés en droit français.” Partenariats public-privé : rapports du XVIII^{e} congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé. ed. François Lichère p.309 Bruxelles : Bruylant. 2011.

Hans-Joachim Priess. “Award Procedures for EU Institution” EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond. ed. Martin Trybus p.416-442 Belgium : Bruylant. 2014.

Hugh Stuart Jones. The French State in Question: public law and political argument in the Third Republic. Cambridge: Cambridge University Press. 1993.

Jacqueline Morand-Deviller. droit administratif. 13 édition Paris: LGDJ. 2013.

Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux. Droit public économique. 7e édition Paris : LGDJ. 2014.

John Pinder and Simon Usherwood. The European Union : A Very Short Introduction. Hampshire : Ashford Colour Press Ltd. 2015.

Kris Wauters. “Public Procurement Review Bodies (including Antifraud Measures)” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond. p.341 Belgium : Bruylant. 2014

Lionel Neville Brown and John Francis Garner. French administrative law. 3rd Edition. Butterworths. 1983.

Ref. code: 25595601032187GRS

Mafalda Ferreira. “Protugal.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.788 Bruxelles : Bruylant. 2010.

Mario E. Comba. “Principle of EU law relevant to the Performance of Public Contracts.” European Union Law of Public Contracts: Public Procurement and beyond. p. 323. Belgium : Bruylant. 2014.

Marion Steiner. "Austriche/Austria” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens (Bruxelles : Bruylant. 2010) p.388

Marise Cremona. David Kleimann. Joris Larik. Rena Lee and Pascal Vennesson. ASEAN's External Agreements. Cambridge: Cambridge University Press. 2015.

Marta Franch and Mireia Grau. “Contract Award Criteria.” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond. p.162 Belgium : Bruylant. 2014.

Mathias Amilhat. La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union européenne. Bruxelles : Bruylant 2014.

Martin Burgi. “EU Procurement Rules - A Report about German remedies system” Enforcement of the EU Public Procurement Rules. Steen Treumer and François Lichère (eds) p.112. Copenhagen : DJØF Publishing. 2011.

_____. “Specifications”. EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond. ed. Martin Trybus p.37. Belgium : Bruylant. 2014.

Martin Trybus. “Public contracts in European Union Internal Market Law Foundation and Requirements.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p. 86-95. Bruxelles : Bruylant. 2010.

Michel Fromont. “l’évolution du droit des contrats de l’administration-Différences théoriques et convergences de fait.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.265. Bruxelles : Bruylant. 2010.

Micheal Steinicke. “Qualification and Shortlisting” European Union Law of Public Contracts : Public Procurement and beyond. p.108. Belgium : Bruylant. 2014.

Mohamed A.M. Ismail. Globalization and new international public works agreements in developing country : an analytical perspective. England : Ashgate. 2011.

Olli Mäenpää. “Finlande/Finland.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.661 Bruxelles : Bruylant. 2010

Ref. code: 25595601032187GRS

Paul Craig. “angleterre et pays de galles/ England and Wales.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.340 Bruxelles : Bruylant. 2010.

_____. “Specific Powers of Public Contractor.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.173 Bruxelles : Bruylant. 2010.

Peter Trepte. Public procurement in the EU A Practitioner’s Guide. . 2nd edition New York : Oxford University press. 2007.

Philippe Flamme. “Belgique/Belgium.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.405. Bruxelles : Bruylant. 2010.

Philippe Yolka. Droit des contrats administratifs. Paris : LGDJ Lextenso éditions. 2013.

Raymond Youngs. English. French and German Comparative law. 3rd Edition. Newyork : Routledge. 2014.

Rozen Nouellou. " France.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.678 Bruxelles : Bruylant. 2010.

_____. “Scope and Coverage of the EU procurement Directives.” EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond. p.17 Belgium : Bruylant. 2014.

_____. " L’ « européanisation » du droit des contrats administratif." Traité de droit administratif européen. ed. Jean- Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère 2e édition p.1163 Bruxelles : Bruylant 2014.

Simone Torricelli. "Les limites à l’utilisation des instruments contractuels dan l’activité administrative." Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.133-136 Bruxelles : Bruylant. 2010.

Stephen W Schill. “Contracting with foreigners: International investment law implications.” Droit comparé des Contrats Publics (Comparative Law on Public Contract). ed. Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens p.68 Bruxelles : Bruylant. 2010.

Worachet Pakeerut. Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages. Berlin : Duncker & Humblot. 2000.

Ulrich Stelkens and Hanna Schröder. “Substantive Law applicable to EU Public Contracts.” EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond. ed. Martin Trybus p.395-416 Belgium : Bruylant. 2014.

Ref. code: 25595601032187GRS

_____. “EU Public Contracts Litigation.” EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond. ed. Martin Trybus p. 444 Belgium : Bruylant. 2014.

Thesis

Christian Debouy. Les moyens d’ordre public dans la procédure administrative contentieuse Thése Politiers PUF Paris 1980

Pierre Bourdon. Le contrat administratif illégal. Paris :Dalloz. 2014.

Articles

Alan W. Mewett. “The Theory of Government Contracts.” McGill law Journal. Vol.5 n.4. (1959) : 223

Ana Beduschi-Ortiz. " La notion de loyauté en droit administratif”. AJDA.Ed. Dalloz. (2010) : 944-951

Antoine BASSET. “De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun.” Revue du droit public n°4. (2015) : 873

George Langrod. “Admistrative Contracts: A Comparative Study.” The American Journal of Comparative Law. Vol.4 no.3 (Summer. 1955) : 325

Jacques Petit. “Nouvelle d’une antinomie : contrat et police”. Mél.Moraeu. Economica (2003) : 345.

Julio Cueto-Rua. “Administrative. Civil and Commercial Contracts in Latin-American Law.” Fordham Law Review. Vol. 26 Issue 1 Article 2 (1957) : 22.

George A. Zsidisin. “A grounded definition of supply risk.” Journal of Purchasing & Supply Management. Vol. 9 (2003) : .219

Stephen Ashcroft. “Everything you always wanted to know about variant bids” Supply Management Magazine (October 2014)

Electronic Medias

Didier Girard. “L’unité retrouvée du contentieux des contrats publics. sous CE Ass..4 avril 2014. Département du Tarn-et-Garonne. n° 358994” Revue générale du droit *on line*. 2014. numéro 16187 www.revuegeneraledudroit.eu /?p=16187)

Rana El Husseini. “The Challenge of Defining an Administrative Contract.” http://www.hadefpartners.com/News/101/THE-CHALLENGE-OF-DEFINING-AN-ADMINISTRATIVE-CONTRACT. February 9. 2011.

World Trade Organization. “What is GPA? And Evolution of the GPA.” https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. July 29. 2016.

_____. “Agreement on Government Procurement Parties. observers and accessions” https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm#parties. July 29. 2016.

Others Materials

Axel weißenfels. “Umbrella Clauses.” Seminar on International Investment Protection. 2006.

Crown Commercial Service. “A Brief Guide to the EU public contracts directive (2014)” October. 2014

Commission Green Paper. “Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward COM (96) 583 final”

Gossement/Avocat. “le silence de l’administration vaut accord” (Paris. 2014)

Henri Savoie. “conclusion sur CE Section. 20 octobre 2000. Société Citécable Est. req. N° 196553 ” RFDA. n° 2. 2001.

Ref. code: 25595601032187GRS

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย สิรวิชญ์ ทีวะกุล
วันเดือนปีเกิด	8 สิงหาคม 2534
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย
ทุนการศึกษา	2558 : CPG Spring School Scholarship 2015 โดย German-Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance ไปศึกษาระยะสั้นที่ University of Münster สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ผลงานทางวิชาการ

สิรวิชญ์ ทีวะกุล. “สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559

ประสบการณ์ทำงาน	2559-ปัจจุบัน ทนายความอิสระ

Ref. code: 25595601032187GRS