

## บทที่ 2

### แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐในต่างประเทศ

#### ความหมายและขอบเขตของสัญญาภาครัฐ

##### 1. ความหมาย

คำว่า สัญญาภาครัฐ เป็นคำที่ใช้อยู่ในวงการกฎหมายของไทย โดยมีความหมายเป็นที่เข้าใจทั่วไปว่าหมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคำที่ใช้ในความหมายท่านเองเดียวกันนี้ในวงการกฎหมายของต่างประเทศมีใช้อยู่หลายคำ ที่พบเห็นอยู่เสมอคือคำว่า Public Contract, Government Contract, และ Administrative Contract.

โดยคำว่า Public Contract เป็นคำที่ใช้ในความหมายอย่างกว้าง ๆ ไม่มีลักษณะจำเพาะเจาะจงเช่น ไม่มีลักษณะจำเพาะว่าต้องเป็นสัญญาภายใต้หลักกฎหมายปกครองหรือหลักกฎหมายมหาชน (Public Law)<sup>1</sup> เท่านั้น ดังนี้ เป็นต้น โดยความหมายของคำว่า Public Contract นั้น หมายถึง<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>Colin C. turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in general : Chapter 4 Public Contracts (The Hague. Boston. London : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingen and Martinus Nijhoff Publishers), pp.3.

<sup>2</sup>Ibid., p.5.

สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (the administration) ซึ่งอาจจะเป็นองค์กรของรัฐบาลส่วนกลาง, ส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่น (the organs of central, regional and local governments) ก็ได้ หรืออาจจะเป็นบริษัทสาธารณะ (public corporation) หรือองค์กรสาธารณะอื่น ๆ ซึ่งมีอำนาจทำสัญญาได้ภายใต้หลักการหรือกฎระเบียบที่มีสาระสำคัญทางนองเดียวกับที่ใช้บังคับต่อฝ่ายปกครองก็ได้ และมีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นห้างหุ้นส่วนบริษัทก็ได้

ส่วนคำว่า Government Contract มักจะใช้ในความหมายที่เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความหมายจำกัดแคบลงไปว่าหมายถึงเฉพาะที่เป็นหน่วยหรือองค์กรของรัฐบาลส่วนกลางเท่านั้น<sup>3</sup>

และสำหรับคำว่า Administrative Contract นั้น เป็นคำที่ใช้อยู่ในประเทศที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนแยกออกไปจากระบบกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมันตะวันตก เป็นต้น ซึ่งทำให้ระบบสัญญาที่เกิดขึ้นในประเทศดังกล่าวนี้มีการแบ่งแยกกันอย่างชัดเจนตามไปด้วย โดยแบ่งออกเป็น Administrative Contract ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง และ Civil Contract ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน อีกประเภทหนึ่ง การที่สัญญาภาครัฐสัญญาใดจะเป็น Administrative Contract หรือไม่ในประเทศเหล่านี้ ข้อสำคัญมิได้ขึ้นอยู่กับเพียงว่าสัญญานั้นมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองเท่านั้น หากยังจะต้องมีลักษณะสำคัญประการอื่น ๆ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปเป็นตวับ่งชี้อีกด้วย

<sup>3</sup> Ibid., p.3. ; Colin Turpin, Government Contracts (Suffolk : Penguin Books, 1972), p.15.

สำหรับการกล่าวถึง "สัญญาภาครัฐ" ที่จะกล่าวต่อ ๆ ไปนี้จะกล่าวถึงในความหมายที่มีลักษณะกว้าง ๆ ดังเช่นความหมายของคำว่า Public Contract ซึ่งก็รวมเอาความหมายของคำว่า Government Contract เอาไว้ด้วย แต่หากเมื่อใดที่มีความจำเป็นต้องสื่อความหมายในลักษณะจำเพาะดังเช่นความหมายของคำว่า Administrative Contract ก็จะใช้คำว่า "สัญญาทางปกครอง" ดังเช่นที่นักวิชาการกฎหมายไทยนิยมใช้แทน

## 2. ขอบเขตของสัญญาภาครัฐ

จากความหมายของสัญญาภาครัฐดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การทำสัญญาภาครัฐนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งโดยปกติฝ่ายปกครองก็จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กับเอกชนตามอำนาจหน้าที่ของตนอยู่แล้ว เช่น การออกกฎหมายมาบังคับใช้ต่อประชาชน หรือการออกคำสั่งให้ประชาชนปฏิบัติตามในการดำเนินงานบริหารตามหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เป็นต้น ปัญหาจึงมีว่าความสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาภาครัฐนั้นมีความแตกต่างไปจากความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นอย่างไร หรือขอบเขตของการเป็นสัญญาภาครัฐจะมีเพียงใด

เกี่ยวกับกรณีนี้ ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ได้ให้คำอธิบายไว้อย่างชัดเจนในเรื่อง "การกระทำในทางปกครอง"<sup>4</sup> โดยกล่าวว่า ใน

---

<sup>4</sup>หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), "คำอธิบายกฎหมายปกครอง พ.ศ. 2474 แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2513), "ในประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์. หน้า 236-242. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

การที่จะดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในทางปกครองนั้น ย่อมต้องอาศัย การกระทำในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจจะเป็น "การกระทำโดย การแสดงเจตนาในทางปกครอง (Acte administratif)" หรืออาจจะเป็น "การกระทำชนิดอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการแสดงเจตนา แต่เป็นการปฏิบัติวัตถุประสงค์แห่ง การปกครอง (Acte matériel)" ก็ได้

และกล่าวโดยเฉพาะสำหรับ "การกระทำโดยการแสดงเจตนา ในทางปกครอง" นั้น ท่านกล่าวว่ายังแบ่งออกเป็นอีก 2 ประเภท คือ "การ กระทำสำหรับบุคคลทั่ว ๆ ไป" ประเภทหนึ่ง และ "การกระทำสำหรับเฉพาะ บุคคล หรือเฉพาะราย" อีกประเภทหนึ่ง

โดย "การกระทำสำหรับบุคคลทั่ว ๆ ไป" หมายถึง การออก คำสั่ง หรือคำสั่งสำหรับบุคคลทั่วไปที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือ ฝ่ายตุลาการ เช่น การออกพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือคำพิพากษาของศาลมาบังคับใช้ หรือมีผลต่อบุคคลทั่ว ๆ ไป

ส่วน "การกระทำสำหรับเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะราย" นั้น หมายถึง การกระทำที่เกี่ยวกับการที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งอาจจะโดยมี กฎหมายบัญญัติไว้ให้การปกครองต้องกระทำดั่งนั้นดั่งนี้ หรือให้อำนาจแก่การ ปกครองที่จะใช้ดุลยพินิจเป็นเรื่อง ๆ ไปก็ได้ ซึ่งการกระทำสำหรับเฉพาะบุคคล หรือเฉพาะรายนี้ยังแบ่งย่อยออกได้เป็นอีก 2 ประเภทคือ การกระทำฝ่ายเดียว กับการกระทำหลายฝ่าย

โดย "การกระทำฝ่ายเดียว" หมายถึง "การที่อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการได้กระทำโดยสมัครใจแต่ฝ่ายเดียว โดยไม่มีความประสงค์ ตรงกันเสมือนดั่งในเรื่องสัญญา หรือในเรื่องนิติกรรมหลายฝ่าย..." ได้แก่

การออกคำสั่งของพนักงานฝ่ายปกครองในการห้ามไม่ให้กระทำหรือบังคับให้กระทำ, การอนุญาตให้กระทำการและการยกเว้นภาระหรือหน้าที่เมื่อมีบุคคลร้องขอขึ้นตามกฎหมาย, การก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงระงับซึ่งสิทธิ หรือหน้าที่หรือฐานะในกฎหมาย เช่น การแต่งตั้ง โยกย้าย เลื่อนตำแหน่งข้าราชการ หรือการรับจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท เป็นต้น, และการกระทำฝ่ายเดียวชนิดอื่น ๆ เช่น การรับรองสำเนาทะเบียนคนเกิด คนตาย ฯลฯ เป็นต้น

ส่วน "การกระทำหลายฝ่าย" หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับเอกชนเพื่อการต่าง ๆ เช่น เพื่อรับเหมากระทำกิจการ หรือขายพัสดุ สิ่งของให้แก่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น

จากคำอธิบายของท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ดังกล่าวมาข้างต้นนี้ อาจสรุปได้ว่า สัญญาภาครัฐที่ฝ่ายปกครองได้ทำกับเอกชนนั้น เป็นการกระทำในทางปกครองประเภทหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็นการกระทำหลายฝ่าย และมีผลผูกพันเฉพาะเอกชนที่เป็นคู่สัญญาเฉพาะรายเท่านั้น ลักษณะของสัญญาภาครัฐนี้มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับการกระทำในทางปกครองที่เป็น "การกระทำฝ่ายเดียว" บางชนิด กล่าวคือ ใกล้เคียงกับการกระทำที่เป็น "การอนุญาตให้กระทำการและยกเว้นภาระหรือหน้าที่เมื่อมีบุคคลร้องขอขึ้นตามกฎหมาย" เนื่องจากก่อนที่ฝ่ายปกครองจะให้คำอนุญาตหรือไม่นั้น เอกชนผู้ขออนุญาตจะต้องทำคำร้องขอขึ้นมาก่อน คำร้องขอนี้จึงคล้ายกับเป็นการทำคำเสนอในการทำสัญญาและการให้คำอนุญาตเป็นเหมือนการทำคำเสนอ แต่โดยหลักการที่แท้จริงแล้ว คำร้องขอของเอกชนในกรณีนี้ไม่จัดว่าเป็น การทำคำเสนอในทางสัญญาแต่อย่างใด หากแต่เป็นการดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ขอบเขตของการเป็นสัญญาภาครัฐจึงมีความแตกต่างไปจากการให้คำอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมานี้

นอกจากนี้ สัญญาภาครัฐก็ยังมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับ "การกระทำฝ่ายเดียว" ที่เป็น "การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง ระบุซึ่งสิทธิ หรือหน้าที่หรือฐานะในกฎหมาย" อีกด้วย แต่ทั้งสองสิ่งนี้ก็ยังคงมีความแตกต่างกันในตัวเอง เดียวกับการให้การให้คำอนุญาตดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ กระบวนการก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระบุซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาภาครัฐนั้นเกิดจากการตกลงยินยอมกันในระหว่างคู่สัญญา แต่กระบวนการดังกล่าวที่เป็น "การกระทำฝ่ายเดียว" นั้นเกิดจากการกระทำหรือการใช้ดุลยพินิจตามกฎหมายของพนักงานฝ่ายปกครอง แต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น

ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันตะวันตกซึ่งเป็นประเทศที่ยอมรับถึงการมีสัญญาทางปกครองแยกออกจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจนก็มีการแบ่งแยกสัญญาภาครัฐออกจากการกระทำในทางปกครองที่บังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามชนิดอื่น ๆ โดยประเทศฝรั่งเศสได้จำแนกเป็น *contrats* กับ *actes conditions bilatéraux* และเยอรมันตะวันตกจำแนกเป็น *Vertrag* กับ *Verwaltungsakt*<sup>5</sup>

#### ลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศต่าง ๆ

แม้ว่าโดยสาระสำคัญของสัญญาภาครัฐจะหมายถึงสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน และในประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย *Civil Law* หรือ *Common Law* ต่างก็มีการทำสัญญาประเภทนี้ แต่

---

<sup>5</sup> Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts, p.6.

ก็เข้าใจประเทศต่าง ๆ เหล่านั้นจะมีแนวความคิด หรือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐเหมือนกันไปหมดทุกประเทศก็หาไม่ สัญญาภาครัฐที่มีการทำขึ้นในแต่ละประเทศจะมีรายละเอียดบางประการแตกต่างกันไป แม้แต่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเดียวกันก็ไม่แน่ว่าจะมีแนวความคิด หรือแนวทางปฏิบัติที่เหมือนกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวทางพัฒนาที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศเป็นสำคัญ ในที่นี้จะขอเสนอเอาลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศที่สำคัญ ๆ บางประเทศมากล่าวไว้ให้เห็นเป็นพื้นฐาน โดยจะยกมากล่าวทั้งจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law

### 1. ลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศ Civil Law

ในประเทศที่มีการใช้ระบบกฎหมาย Civil Law นั้น มีกระแสการพัฒนาเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐที่ค่อนข้างเด่นชัดอยู่กระแสหนึ่งคือ การพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยการแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) ออกจากสัญญาทางแพ่ง (Civil Contract) ประเทศที่มีการพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวนี้ค่อนข้างรวดเร็วไปกว่าประเทศอื่น ๆ ก็คือ ประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่บางประเทศก็ยอมรับถึงการมีสัญญาทางปกครองแยกเป็นเอกเทศเช่นกัน แต่ก็ยอมรับในบทบาทที่จำกัดกว่าที่มีการยอมรับในประเทศฝรั่งเศส ดังเช่นกรณีสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันตะวันตก แต่บางประเทศก็ไม่ยอมรับแนวความคิดนี้เลยก็มี เช่น กรณีของประเทศอิตาลี ซึ่งถือว่าสัญญาที่องค์กรของรัฐทำขึ้นทุกฉบับเป็นสัญญาทางแพ่งทั้งหมด และต้องเป็นไปตามหลักของกฎหมายเอกชนธรรมดา<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Ibid., p. 30.

ในส่วนนี้จึงจะขอนำเอาลักษณะของสัญญาภาครัฐของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันตะวันตกซึ่งมีลักษณะสำคัญที่น่าสนใจกว่าประเทศอื่น ๆ มากกล่าว ดังนี้

### 1.1 ลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศฝรั่งเศส

สัญญาภาครัฐของฝรั่งเศสเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะของตนเองเรียกว่าสัญญาทางปกครอง (Contrat administratifs) ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์หนึ่งของวิวัฒนาการทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 1789

จุดกำเนิดที่สำคัญของวิวัฒนาการเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองก็คือ การที่ผู้ก่อการปฏิวัติได้ตรารัฐบัญญัติลงวันที่ 16-21 สิงหาคม 1790 ห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองอีกต่อไป<sup>7</sup> และกำหนดให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil 'd Etat) เป็นผู้พิจารณาคดีปกครองซึ่งทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีบทบาทอย่างสำคัญยิ่งในการทำหน้าที่สร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาได้อย่างมากมายในเวลาต่อมา และทำให้สัญญาทางปกครองมีวิวัฒนาการแยกออกไปเป็นอีกระบบหนึ่งต่างหากจากสัญญาทางแพ่งที่สมควรนำมากล่าวถึงในสาระสำคัญดังนี้

---

<sup>7</sup>บรรณคดี อรรถาธิบาย. "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส." วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 (พ.ศ. 2529) : 115.



### 1.1.1 ระบบสัญญาคู่

ในปัจจุบันระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่เป็นอยู่ในประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบซึ่งเรียกว่า ระบบสัญญาคู่ ซึ่งหมายความว่า ในระบบการทำสัญญาของฝรั่งเศสนั้นจะมีการแบ่งแยกสัญญาออกเป็น 2 ประเภท โดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่แตกต่างกัน คือ แบ่งแยกเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายเอกชน ประเภทหนึ่ง และสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชน อีกประเภทหนึ่ง รวมทั้งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างคู่สัญญาตามสัญญา 2 ประเภทนี้แล้ว ก็จะต้องมีการนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่การพิจารณาตัดสินของศาลที่แตกต่างกันด้วย โดยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางแพ่งต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่ง ส่วนข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองก็ต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

การที่ระบบการทำสัญญาของประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกไปต่างหากจากสัญญาทางแพ่งนั้นมีที่มาจากทฤษฎีที่สำคัญ 2 ทฤษฎี คือ

1.1.1.1 ทฤษฎีอำนาจมหาชน (Théorie de puissance publique)<sup>8</sup> ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 19 อันเป็นยุคเริ่มต้นของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ตามหลักทฤษฎีนี้ถือว่าการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามหลักกฎหมายมหาชนที่จะใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียวเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามได้ ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนโดยทั่วไปตามทฤษฎีนี้ จึงเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายปกครองมีสถานะที่เหนือกว่าประชาชน แต่ความ

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 116.

ไม่เท่าเทียมกันนี้ก็มิได้อยู่เฉพาะในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองเท่านั้น หากเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่ใช้การดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ที่เป็นการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนแล้วในขั้นแรกถือว่าฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐยังไม่มีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด โดยถือว่าสัญญาที่ทำระหว่างกันนั้นมีสถานะเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่นเดียวกับการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีอีกอันหนึ่งคือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่เป็นการดำเนินงานอย่างเดียวกับเอกชน (Théorie de gestion privée)<sup>9</sup>

การทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนในระยะเริ่มแรกนั้นได้ดำเนินไปตามหลักกฎหมายแพ่งภายใต้ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่เป็นการดำเนินงานอย่างเดียวกับเอกชนอยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่งจนกระทั่งต่อมาได้เริ่มมีการนำเอา "อำนาจบังคับฝ่ายเดียว" ที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตามทฤษฎีอำนาจมหาชนนั้นมาทำให้ปรากฏเป็นข้อความในสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับประชาชนจึงทำให้สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนนั้นเริ่มมีความแตกต่างไปจากสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วไป ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของวิวัฒนาการเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองและเกิดเป็นเกณฑ์วินิจฉัยเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองในเวลาต่อมาซึ่งเรียกว่า เกณฑ์การมีอยู่ในสัญญาซึ่ง "ข้อความไม่ค่อยพบในทางแพ่งเพราะให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง" (Clauses Exorbitantes)<sup>10</sup> ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษประการหนึ่งของการเป็นสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 116.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 116.

1.1.1.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ (notion de service public)

หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้ดำเนินไปตามหลักของทฤษฎีอำนาจมหาชนวจนกระทั่งถึงตอนปลายของศตวรรษที่ 19 หรือต้นศตวรรษที่ 20 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยที่เป็นแนวหลักของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็เริ่มเปลี่ยนแนวไป โดยเปลี่ยนมายึดถือเกณฑ์วินิจฉัยตามทฤษฎีบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นในคดี Blanco แทน<sup>11</sup>

ตามหลักของทฤษฎีบริการสาธารณะนี้มีหลักที่เป็นสาระสำคัญที่ยึดถือกันว่า กิจกรรมใดก็ตามแต่ที่เป็นกิจกรรมบริการสาธารณะ จะต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่กิจกรรมนั้น ๆ ผลของการเกิดทฤษฎีดังกล่าวนี้ที่มีต่อวิวัฒนาการของสัญญาทางปกครองก็คือ ทำให้เกณฑ์หลักในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่เปลี่ยนแนวทางการพิจารณาจากเดิมที่ดูว่ามี "ข้อความที่ยอมรับอำนาจมหาชน (Clauses exorbitantes)" อยู่ในสัญญานั้นหรือไม่มาเป็นการพิจารณาที่ "วัตถุประสงค์สัญญา" เป็นแนวหลักแทน โดยถือว่าหากสัญญาใดมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงแล้ว ก็จะต้องถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>12</sup> ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งของการเป็นสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

11 เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.

12 เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.



### 1.1.2 เกณฑ์วินิจฉัยการเป็นสัญญาทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสในปัจจุบัน มีเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่อยู่ 2 เกณฑ์หลัก ๆ<sup>13</sup> คือ

#### 1.1.2.1 เกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครอง

โดยการกำหนดของกฎหมาย (contrats administratifs par détermination de la loi) ซึ่งเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเอาไว้ให้เป็นสัญญาทางการปกครอง โดยจำแนกออกเป็นหลักเกณฑ์ย่อยได้อีก 2 ประการ คือ

#### ก. การเป็นสัญญาทางปกครอง

โดยบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง ซึ่งเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ (marché de travaux publics), สัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ (offre de concours), และสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้แก่เอกชน เป็นสัญญาทางปกครองตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviôse an VIII, หรือสัญญาให้เช่าหรือให้ใช้ประโยชน์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) เป็นสัญญาทางปกครองตามรัฐกำหนด

---

<sup>13</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 78 - 89 ; Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts, p.28 -29.

ลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938, หรือสัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ เป็นสัญญาทางปกครอง ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 กันยายน 1793 ดังนี้ เป็นต้น

ข. การเป็นสัญญาทางปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายโดยทางอ้อม ซึ่งได้แก่กรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่กำหนดไว้โดยทางอ้อมว่า วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับสัญญานั้น ๆ ขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง จึงทำให้ผลทางกฎหมายเป็นเช่นเดียวกัน คือ เป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรง

1.1.2.2 เกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ (contrats administratifs par nature) ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่เกิดจากการวินิจฉัยและการพัฒนาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและนักกฎหมายของฝรั่งเศส โดยจะพิเคราะห์ถึงสภาพและเนื้อหาของสาระของสัญญาเป็นสำคัญ

เกณฑ์ในการเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพนี้จะต้องประกอบไปด้วยเกณฑ์ย่อย 2 ประการอย่างครบถ้วนคือ เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญาและเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา

ก. เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา หมายความว่า สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (personne morale de droit public) โดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นจำแนกออกได้เป็น

3 ประเภท<sup>14</sup> คือ รัฐ (Etat), กลุ่มชนท้องถิ่น (les Collectivités locales), และองค์การสาธารณะ (Etablissements publics)

#### ลักษณะทั่วไปของนิติบุคคลใน

กฎหมายมหาชนที่พึงกล่าวไว้ในที่นี้ก็คือ การดำเนินงานของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์เสมอ ลาพังแต่การมุ่งแสวงหาผลกำไรเพียงอย่างเดียวไม่เป็นเหตุผลเพียงพอที่จะทำให้ก่อตั้งนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชนขึ้นมาได้ นอกจากนี้นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนยังมีลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เป็นผู้ที่มีอำนาจใช้อิทธิฤทธิ์ตามกฎหมายมหาชนได้ เช่น อำนาจในการเรียกเก็บภาษี, การเวนคืนที่ดินหรือกระทำการโดยใช้อำนาจบังคับ เป็นต้น

#### แต่หลักเกณฑ์ที่ว่าสัญญาทางปกครอง

ต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองนี้ ต่อมาก็มีข้อยกเว้น<sup>15</sup> เกิดขึ้นโดยในปี ค.ศ.1960 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) เริ่มยอมรับว่า สัญญาที่ทาระหว่างเอกชนกับเอกชนก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าหากว่าเอกชนฝ่ายหนึ่งได้กระทำเพื่อประโยชน์แห่งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน แต่แนวทางการตีความดังกล่าวนี้ก็เกินไปโดยเคร่งครัดเพื่อไม่ให้หลักสัญญาทางปกครองขยายขอบเขตจนเกินไป

<sup>14</sup>ดูรายละเอียดในอัสสระ นิติทัศน์ที่ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร : กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 87-88.

<sup>15</sup>บรรศักดิ์ อูวรรณไพ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส." วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 80.

ข. เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของสัญญา ซึ่งหมายความว่า นอกจากในสัญญาจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองตามหลักเกณฑ์ประการแรกแล้วในเนื้อหาสาระ (contenu) ของสัญญา ก็จะต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้อีกด้วยคือ ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (objet du contrat) เป็นการดำเนินการสาธารณะ หรือมิฉะนั้นก็ต้องมีข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก (clauses exorbitantes du droit commun)

การมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการสาธารณะที่จะทำให้เกิดผลเป็นสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานเอาไว้ว่า วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะต้องถึงขนาดเป็นการดำเนินการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หน้าที่คู่สัญญาจะต้องชำระตอบแทนกันจะต้องเป็นการดำเนินการสาธารณะในตัวเอง ซึ่งก็เป็นเกณฑ์วินิจฉัยตามทฤษฎีการบริการสาธารณะดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วนั่นเอง

ส่วนการมีข้อความที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก หรือ clauses exorbitantes จะมีความหมายเพียงใดนั้น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ในคดี Stein<sup>16</sup> ว่าหมายถึงการมีข้อความที่ "มีลักษณะให้สิทธิแก่คู่สัญญา (ที่เป็นฝ่ายปกครอง) หรือก่อนั้นแก่คู่สัญญา (ที่เป็นเอกชน) ซึ่งมีสภาพ (nature) ที่แตกต่างกับสิทธิและหน้าที่อาจยินยอมก่อตั้งโดยใคร ๆ ในสัญญาทางแพ่งหรือทางพาณิชย์" ซึ่งหากสัญญาใดที่มีข้อความในลักษณะดังกล่าวนี้ก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองตัวอย่างเช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา

16 เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

(résiliation discrétionnaire), การให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุม การปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกขั้นตอน (contrôle exorbitant), หรือ การให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความ ยินยอมจากเอกชนคู่สัญญา (pouvoir de modification unilatérale) ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งก็เป็นไปตามทฤษฎีอำนาจมหาชนดังกล่าวมาแล้วเช่นกัน

### 1.1.3 ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญา ทางแพ่ง

โดยเหตุที่สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสเป็น ผลผลิตของการพัฒนาจนเกิดมีแก่นแท้หรือหลักปรัชญา เป็นการเฉพาะของตนเอง กล่าวคือ มีคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย มหาชน และมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งถือ ว่าเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะเป็นส่วนรวมไม่ใช่ประโยชน์ ของปัจเจกบุคคล ทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทาง แพ่งในประการหลัก ๆ 2 ประการ คือ

#### 1.1.3.1 ข้อแตกต่างทางด้านความเสมอภาค ของคู่สัญญา

โดยคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองไม่มีสถานะที่เท่าเทียมกัน ในขณะที่ สถานะเช่นว่านั้นมิได้อยู่ในสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญา จะมีความเท่าเทียมกัน ซึ่งจะปรากฏให้เห็นได้ทั้งในตอนก่อให้เกิดสัญญา, การ ปฏิบัติตามสัญญา, การแก้ไขสัญญา, และการเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะต้องตกลงร่วมกัน แต่ในสัญญาทางปกครองจะถือว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจ ตามกฎหมายมหาชนเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และอำนาจที่เหนือกว่านี้ก็จะ ปรากฏให้เห็นได้ทุกขั้นตอนของสัญญา เช่น ในขั้นตอนการก่อให้เกิดสัญญา คู่สัญญา ฝ่ายปกครองก็จะเป็นผู้กำหนดข้อความในสัญญา หรืออาจจะมีสัญญาแบบ



(contracts types) หรือเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) บังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยอมรับโดยไม่มีสิทธิต่อรอง, หรือในขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็อาจจะใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเอกชนก่อน, หรือในขั้นตอนการเลิกสัญญา ก็อาจจะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามอำเภอใจได้ ดังนี้ เป็นต้น

1.1.3.2 ข้อแตกต่างทางด้านเสรีภาพในการทำสัญญา โดยในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาจะมีเสรีภาพอย่างกว้างขวาง ทั้งในด้านการเจรจาต่อรอง, การเลือกคู่สัญญา, การกำหนดข้อความลงในสัญญา, ตลอดจนการกำหนดรูปแบบต่าง ๆ ของสัญญา ข้อจำกัดจะมีอยู่ก็เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องแบบของสัญญาเอาไว้ หรือจำกัดในด้านวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ให้มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมิให้เป็นการพนันวิสัยเท่านั้น

#### ส่วนในสัญญาทางปกครองนั้น

เนื่องจากภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองผูกพันอยู่กับการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ จึงมีกฎระเบียบบางประการออกมาผูกมัดมิให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ดังเช่นมีอยู่ในสัญญาทางแพ่ง แต่จะกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการในทางที่เป็นกลางและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะให้มากที่สุด ดังเช่น ประมวลกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการพัสดุฝรั่งเศส (Code des marchés publics) มาตรา 39 และมาตรา 250 กำหนดแบบของสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการพัสดุว่า จะต้องทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) เสมอ,<sup>17</sup> หรือในการเลือกคู่สัญญาจะต้องใช้วิธีการประมูลประกวดราคา (adjudication publique)<sup>18</sup> ดังนี้ เป็นต้น

17, 18 เรื่องเดียวกัน, หน้า 92, 93.

#### 1.1.4 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

แม้ว่าเกณฑ์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองประการหนึ่งจะมีสาระสำคัญอยู่ที่การพิจารณาว่ามีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือไม่ แต่ก็มิได้หมายความว่าเมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองแล้วจะทำให้สัญญานั้นมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไปก็หาไม่ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้ว และก็มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองหมดสิทธิที่จะเลือกทำสัญญาทางแพ่งเช่นเดียวกับเอกชนแต่อย่างใด หากแต่ในทางตรงกันข้าม ในบางกรณีจะมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติเอาไว้เลยว่า ให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 22 เมษายน 1905 กำหนดให้สัญญาที่หน่วยราชการทั้งหลายทำกับเอกชนเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>19</sup> ดังนี้ เป็นต้น

นอกจากนี้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ก็ยังมีเกณฑ์ในการวินิจฉัยได้อีกว่า สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือไม่ ที่สำคัญก็คือ เกณฑ์ว่าด้วยการเป็นบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม (Service public industriel et commercial)<sup>20</sup> กล่าวคือหากลักษณะของกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาด้วยนั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะทางด้านพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมแล้วจะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองแม้ว่าจะเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะรูปแบบหนึ่งก็ตาม

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

เหตุที่ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองก็เนื่องมาจากตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสได้จำแนกบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภท<sup>21</sup> คือ บริการสาธารณะทางปกครองแท้ (Service public administratif) และบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม และถือว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นที่เกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้เท่านั้นที่เป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนการดำเนินบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมหรือที่เรียกว่าการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ เช่น การขนส่งมวลชน การไฟฟ้า เป็นต้น ถือว่าเป็นการดำเนินกิจกรรมเช่นเดียวกับเอกชน จึงไม่ถือว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมประเภทหลังนี้เป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่<sup>22</sup>ในตัวสัญญานั้นเองมีข้อความที่รับรองเอกสิทธิ์ทางอำนาจมหาชนของฝ่ายปกครอง ก็อาจทำให้เป็นสัญญาทางปกครองได้ตามเกณฑ์วินิจฉัยว่าด้วยการเป็นสัญญาทางปกครองดังกล่าวมาแล้ว

#### 1.1.5 ผลของการเป็นสัญญาทางปกครอง

ผลที่สำคัญมีอยู่ 2 ประการ คือ

1.1.5.1 หากเป็นสัญญาทางปกครอง ก็จะต้องนำเอาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนมาบังคับใช้ ซึ่งหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่พึงระลึกไว้ก็คือหลักว่าด้วยความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมหาชนอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่สามารถตกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อจำกัด หรือสละเอกสิทธิ์ของตนเองได้<sup>23</sup>

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 113.

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

### 1.1.5.2 หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่าง

คู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง จะต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่งจะนำหลักกฎหมายมหาชนมาวินิจฉัย

## 1.2 ลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศเยอรมันตะวันตก

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันตกเป็นอีกระบบหนึ่งที่ยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง โดยมีการแยกสัญญาทางปกครองออกเป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่งต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง ซึ่งคล้ายกันกับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสดังได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ ลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศเยอรมันตะวันตกก็ยังคงมีความคล้ายคลึงกับของประเทศฝรั่งเศสอีกในแง่ที่ว่าในตัวสัญญาภาครัฐที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ด้วยนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า การมีส่วนเป็นคู่สัญญาดังกล่าวจะทำให้สัญญาต้องตกเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไปก็หาไม่ สัญญาภาครัฐที่ฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมันตะวันตกทำขึ้นบางกรณีก็จัดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่บางกรณีก็จัดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะมีลักษณะที่แคบกว่าระบบกฎหมายของฝรั่งเศสและบทบาทของสัญญาทางปกครองของเยอรมันตะวันตกก็มิอยู่ในขอบเขตที่จำกัดยิ่งกว่าของฝรั่งเศส ดังรายละเอียดที่จะกล่าวดังต่อไปนี้

### 1.2.1 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

ระบบกฎหมายของเยอรมันเป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายโรมัน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ในแถบยุโรปกลาง ซึ่งรวมทั้งฝรั่งเศสและอังกฤษด้วย โดยเริ่มได้รับอิทธิพลในยุคสมัยเดียวกันคือยุคกลาง (Middle Ages) แต่การรับเข้ามาของ

เยอรมันค่อนข้างจะเป็นไปโดยลำพังกว่าของประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ กล่าวคือได้รับแนวความคิดของกฎหมายโรมันเมื่อสว่างพ้นตอนกลางของศตวรรษที่ 15 ไปแล้ว<sup>24</sup>

การรับแนวความคิดของกฎหมายโรมันนั้น หมายความว่า ระบบกฎหมายของเยอรมันได้พัฒนาไปโดยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากระบบกฎหมายของโรมันในสมัยโบราณ ทั้งในด้านแนวความคิดเกี่ยวกับสถาบันทางกฎหมาย (legal institutions), แนวความคิดของกฎหมายโรมัน (concepts of Roman Law), และวิธีการคิดทางวิชาการอย่างเป็นระบบ (scientific systematisation of legal thought)<sup>25</sup> ของโรมัน

ข้อที่น่าสังเกตที่ควรกล่าวไว้ในที่นี้ก็คือว่า สถานะของฝ่ายปกครอง<sup>26</sup> ที่เป็นอยู่ในขณะที่เริ่มมีการรับเอาแนวความคิดของกฎหมายโรมันเข้ามาพัฒนาระบบกฎหมายของตนเองนั้น ฝ่ายปกครองคือสถาบันกษัตริย์ของเยอรมันกำลังอยู่ในสถานะที่อ่อนแออย่างยิ่ง ในขณะที่อำนาจของเจ้าผู้ครองแคว้นต่าง ๆ กำลังเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ พระมหากษัตริย์ในขณะนั้นไม่มีทั้งองค์กรทางปกครองส่วนกลาง, เจ้าหน้าที่ส่วนพระองค์, หรือแม้แต่พระราชอำนาจในทางตุลาการที่มีประสิทธิภาพที่จะเป็นกำลังสำคัญในการดำเนินสถานะของพระองค์ ซึ่งสถานะของการปราศจากศูนย์กลางทางอำนาจเช่นนี้มีความแตกต่าง

---

<sup>24,25</sup>Konrad Zweigert and Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, Vol. 1 : The Framework, trans. Tony Weir (Great Britain : North - Holland Publishing Company, 1977), p.134.

<sup>26</sup>Ibid., p.134.

กันโดยสิ้นเชิงกับที่เป็นอยู่ในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษในเวลานั้น ซึ่งปรากฏว่าสถาบันกษัตริย์มีความเข้มแข็งมาก และคงจะเป็นด้วยเหตุผลทางด้านความแตกต่างของสถานะของฝ่ายปกครองดังกล่าวนี้เองที่เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งซึ่งทำให้การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของเยอรมันในเวลาต่อมาได้ดำเนินไปโดยล่าช้ากว่าของฝรั่งเศสมาก โดยหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็วภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในปี 1789 ส่วนประเทศเยอรมันเพิ่งจะเริ่มมีการก่อตั้งระบบวินิจฉัยในทางปกครอง (system of administrative adjudication)<sup>27</sup> ขึ้นมาในศตวรรษที่ 19 ที่ผ่านมานี้เอง

ก่อนหน้าที่จะมีการก่อตั้งระบบวินิจฉัยในทางปกครองขึ้นมาในประเทศเยอรมันนั้น การทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนของเยอรมันถือว่าการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนและต้องอยู่ภายใต้บังคับของศาลยุติธรรมทั่วไป (ordinary courts) ซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดของ Theory of the Fiskus<sup>28</sup> อันเป็นแนวความคิดหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งถือว่ารรัฐนั้นเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่แยกออกต่างหากไปจากตัวบุคคล เรียกว่า Fiskus และตัวรัฐเองนั้นก็มิสิทธิและมีความสามารถที่จะก่อความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือก่อภาระหน้าที่หรือหนี้กับเอกชนได้ โดยอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน แต่ต่อมาภายหลังจากที่มีการก่อตั้งระบบวินิจฉัยในทางปกครองขึ้นมาในศตวรรษที่ 19 แล้ว ก็ทำให้เกิดมีการพัฒนาแนว

---

<sup>27</sup>Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts, p.34.

<sup>28</sup>Ibid., p.30, 33 - 34.

ความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองแยกออกไปจากสัญญาทางแพ่ง โดยการทาสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนส่วนหนึ่งจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง และอีกส่วนหนึ่งถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความแตกต่างที่ต่างไปจากระบบกฎหมายของฝรั่งเศสตามที่ได้กล่าวมาแล้ว บางประการ ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

### 1.2.2 เกณฑ์วินิจฉัยการเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองของเยอรมันตะวันตกมีคำที่ใช้เรียกเป็นการเฉพาะของตนเองว่า öffentlich-rechtlicher Vertrag โดยมีเกณฑ์ที่นักกฎหมายเยอรมันใช้วินิจฉัยเพื่อแบ่งแยกความเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะของตนเองซึ่งแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งคือ เกณฑ์เกี่ยวกับสาระสำคัญ (subject-matter) ของสัญญา<sup>29</sup> ซึ่งหมายความว่าในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น จะพิจารณาที่เนื้อหาสาระหลักของสัญญาเป็นสำคัญ โดยหากสัญญาใดมีเนื้อหาสาระหลักที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่เอกชนไม่สามารถก่อความสัมพันธ์ในระหว่างกันเองได้แล้ว ก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง และอยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน (Public Law)

ตัวอย่างเช่นในคดีหนึ่งซึ่งศาลสูงสุดของสหพันธรัฐ (Federal Supreme Court) ได้เคยตัดสินว่าข้อตกลงที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครอง มีข้อเท็จจริงว่าเจ้าของที่ดินรายหนึ่งได้ยื่นคำร้องต่อเทศบาลแห่งหนึ่งเพื่อขออนุญาตปลูกสร้างสิ่งก่อสร้าง ต่อมาในการพิจารณาคำร้องขอของเจ้าของที่ดินรายดังกล่าวนี้ ปรากฏว่าเทศบาลได้ทำข้อตกลงกับ

<sup>29</sup>Ibid., p.30 - 31.

เจ้าของที่ดินขึ้นมาข้อหนึ่งว่า เจ้าของที่ดินมีหน้าที่ภายใต้กฎระเบียบของสหพันธรัฐ (Federal Regulations) ที่จะต้องจัดให้มีสวนสาธารณะในเขตหรือใกล้เคียงกับเขตก่อสร้างที่ขออนุญาตด้วย และให้สวนสาธารณะนั้นต้องตกเป็นของเทศบาลต่อไป โดยเทศบาลจะจ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้เป็นการตอบแทนต่อการดำเนินการดังกล่าว ดังนี้ ศาลสูงสุดของสหพันธรัฐได้วินิจฉัยข้อตกลงดังกล่าวนี้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยให้เหตุผลว่า การทำข้อตกลงกันเช่นนี้ส่งผลเป็นการโอนหนี้ หรือภาระหน้าที่ที่บังคับต่อเจ้าของที่ดินซึ่งถือว่าเป็นเนื้อหาของสาระของกฎหมายมหาชน (Public Law) จึงต้องถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

จากเกณฑ์วินิจฉัยที่ยึดถือเนื้อหาของสาระของสัญญาเป็นหลักดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่าเกณฑ์วินิจฉัยของกฎหมายเยอรมันนั้นเน้นที่ 30 สภาพทางนามธรรม (abstract nature) และลักษณะของรูปแบบ (typical features) ของความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญยิ่งกว่าที่จะพิจารณาที่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี กล่าวคือ หากลักษณะของความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชนแล้วก็ต้องถือว่าข้อตกลงนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากลักษณะของความสัมพันธ์อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ก็ต้องตกเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้นเกณฑ์วินิจฉัยดังกล่าวนี้จึงชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การที่เพียงแต่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองนั้นจะไม่ทำให้สัญญาที่ทำขึ้นต้องตกเป็นสัญญาทางปกครองทุกกรณีไปดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว

---

<sup>30</sup>Ibid., p.31.



ข้อสังเกตที่สมควรจะกล่าวไว้ในที่นี้ก็คือเกณฑ์วินิจฉัยตามระบบกฎหมายของเยอรมันดังกล่าวนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature) ของฝรั่งเศส แต่ก็ยังพัฒนาไปไม่เท่าของฝรั่งเศสซึ่งมีความก้าวหน้าและชัดเจนทางด้านทฤษฎีมากกว่า และขอบเขตของการใช้สัญญาทางปกครองก็ยังคงอยู่ในแวดวงที่จำกัดกว่าของฝรั่งเศส

### 1.2.3 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า เกณฑ์วินิจฉัยตามระบบกฎหมายของเยอรมันที่จะใช้จำแนกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาประเภทไหนนั้น ได้แก่ การพิจารณาที่เนื้อหาหรือลักษณะของการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นสำคัญ การเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเยอรมันจึงหมายถึงสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนโดยมีลักษณะความสัมพันธ์อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน หรือถ้าจะกล่าวให้จำเพาะเจาะจงลงไปยิ่งขึ้น ก็คือหมายถึง<sup>31</sup> สัญญาที่มีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นแบบเชิงพาณิชย์ (commercial nature) หรือเป็นแบบที่มีไว้สร้างความสัมพันธ์ในทางปกครอง (non-administrative nature) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่อยู่นอกเขตแดนของกฎหมายมหาชนนั่นเอง

สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองเยอรมันที่จัดว่ามีบทบาทในการเป็นสัญญาของภาครัฐค่อนข้างมาก ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามากกว่าบทบาทของสัญญาทางปกครองเสียด้วยซ้ำ ก็คือ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาสินค้าและบริการ (procurement of goods and services) การพิจารณา

<sup>31</sup> Ibid., p.30.

เกี่ยวกับลักษณะของสัญญาภาคีรัฐในเยอรมันจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องกล่าวถึงสัญญาดังกล่าวนี้

ประเด็นสำคัญที่จะต้องกล่าวถึงก็คือ สถานะของสัญญาดังกล่าวนี้แม้ว่าโดยทางทฤษฎีของเยอรมันจะจัดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ในทางปฏิบัติขณะที่มีการทำสัญญา ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาก็มิได้มีเสรีภาพในการทำสัญญา เต็มที่ดังหลักการของสัญญาตามกฎหมายเอกชน เนื่องจากมีระบบควบคุมการทำสัญญา<sup>32</sup> ซึ่งมีการตราเป็นกฎหมายและเป็นกฎระเบียบในทางปกครองที่มีผลบังคับให้ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาต้องผูกพันปฏิบัติตาม ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

#### 1.2.3.1 การควบคุมโดยกฎหมาย

##### กฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการ

ควบคุมเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดหาสินค้าและบริการของภาครัฐ ได้แก่พระราชบัญญัติงบประมาณแห่งชาติ (The Reichshaushaltsordnung หรือ National Budgetary Act) ซึ่งแต่เดิมตามฉบับปี ค.ศ.1922 ได้มีบทบัญญัติวางหลักทั่วไปเอาไว้ว่า ในการทำสัญญาภาครัฐเกี่ยวกับการจัดหาสินค้าและบริการนั้น ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญาจะต้องกระทำโดยวิธีการประมูลแข่งขันกัน การกระทำใดที่ผิดไปจากหลักการดังกล่าวนี้จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุผลอันสมควรตามสภาพของสัญญา หรือตามพฤติการณ์แวดล้อมเท่านั้นและจะต้องให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์กลาง (uniform rules) เกี่ยวกับการทำสัญญา ซึ่งกฎเกณฑ์กลางเกี่ยวกับการทำสัญญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันก็คือกฎเกณฑ์กลางตามพระราชบัญญัติงบประมาณของสหพันธรัฐ ปี 1969 (The Federal Budgetary Act of 1969)

<sup>32</sup>Ibid., p.13 - 14.

## 1.2.3.2 การควบคุมโดยกฎหมายระเบียบ

กฎระเบียบที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา

ภาครัฐเกี่ยวกับการจัดหาสินค้าและบริการ (Verdingungsordnungen) ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน มี 2 ชุด คือ

## ก. กฎระเบียบที่ใช้ควบคุมการ

ทำสัญญาซื้อขาย (public supply contracts) หรือเรียกว่า Verdingungsordnung für Leistungen หรือ VOL ซึ่งร่างขึ้นโดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาแห่งชาติ (National Board of Contracts หรือ Reichsverdingungsausschuß) และนำมาประกาศใช้โดยกระทรวงการคลัง (The National Ministry of Finance) ในปี ค.ศ.1932

## ข. กฎระเบียบที่ใช้ควบคุมการ

ทำสัญญาก่อสร้าง (public construction contract) หรือเรียกว่า Verdingungsordnung für Bauleistungen หรือ VOB ซึ่งร่างขึ้นโดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก่อสร้าง (Board of Construction Contracts) และนำมาประกาศใช้โดยกระทรวงการคลังในปี ค.ศ.1926

กฎระเบียบทั้ง 2 ชุดนี้ จะ

ประกอบไปด้วยเนื้อหาที่จำแนกออกได้เป็นส่วน ๆ กล่าวคือ

ส่วนแรก หรือเรียกว่า

VOL/A และ VOB/A จะประกอบด้วยเนื้อหาที่ครอบคลุมเกี่ยวกับขั้นตอนปฏิบัติก่อนมีการทำสัญญา และต่อไปเกี่ยวกับวิธีการทำสัญญา, วิธีการประมูล, และการชี้ขาดตัดสิน

ส่วนที่สอง หรือเรียกว่า

VOL/B และ VOB/B จะประกอบด้วยเงื่อนไขมาตรฐาน (Standard conditions) ที่จะต้องนำไปกำหนดลงในสัญญา

นอกจากนี้ สำหรับเฉพาะ VOB ยังมีเนื้อหาส่วนที่สามเพิ่มเติมอีก โดยเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับลักษณะทางเทคนิค (technical nature) ที่จะต้องนำไปใช้ในสัญญาก่อสร้างโดยเฉพาะ กฎระเบียบต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ โดยตัวของมันเองแล้วไม่มีอำนาจบังคับทางกฎหมาย (legal authority) โดยตรง และไม่มีสถานะเป็นกฎระเบียบทางกฎหมาย (statutory regulations หรือ Rechtsverordnungen) หากแต่มีสถานะเป็นเพียงกฎระเบียบในทางปกครอง (administrative regulations หรือ Verwaltungsverordnungen) เท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐในทุกระดับที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำงานสัญญาจะถูกบังคับโดยทางอ้อมให้ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบเหล่านี้โดยผลบังคับของพระราชบัญญัติงบประมาณซึ่งบังคับครอบคลุมอย่างกว้าง ๆ เอาไว้ดังกล่าวแล้ว

#### 1.2.4 ผลของการเป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับสัญญาที่ถูกจัดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง จะมีผลที่ติดตามมาคือ การบังคับให้เป็นไปตามสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน (Public Law) โดยอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง และหากมีกรณีใดที่ไม่มีหลักกฎหมายมหาชนที่จะนำมาบังคับใช้ได้แล้วในทางปฏิบัติ ศาลปกครองของเยอรมันก็จะใช้วิธีการเทียบเคียง (analogy)<sup>33</sup> เอาหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ตามความจำเป็นและเหมาะสมต่อประโยชน์สาธารณะในแต่ละกรณีไปส่วนกรณีที่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็จะบังคับตามหลักกฎหมายเอกชนและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไป

<sup>33</sup>Ibid., p.31.

## 2. ลักษณะของสัญญาภาครัฐในประเทศ Common Law

เมื่อกล่าวถึงประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยทั่วไปก็มักจะนึกถึงประเทศที่เป็นแม่บทหรือเป็นผู้นำหลักในการพัฒนาระบบกฎหมายในแนวทางนี้คือประเทศสหราชอาณาจักรหรืออังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้จึงจะขอเอาแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของทั้งสองประเทศดังกล่าวมาแสดงให้เห็น โดยพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า การกล่าวถึงสัญญาภาครัฐของประเทศอังกฤษและอเมริกาที่จะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้หมายถึงสัญญาภาครัฐที่ฝ่ายปกครองเฉพาะที่เป็นองค์กรของรัฐบาลส่วนกลางทำกับประชาชนเท่านั้น ไม่มุ่งหมายจะกล่าวรวมไปถึงสัญญาภาครัฐขององค์กรรัฐบาลในส่วนภาค หรือส่วนท้องถิ่นด้วยแต่อย่างใด กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือสำหรับประเทศอังกฤษก็จะกล่าวถึงสัญญาภาครัฐที่เป็น Central Government Contract ส่วนของอเมริกาก็จะกล่าวถึง Federal Government Contract ทั้งนี้ โดยจะกล่าวถึงสัญญาภาครัฐของทั้งสองประเทศพร้อม ๆ กันไป

### 2.1 ลักษณะพื้นฐานของสัญญาภาครัฐ

โดยหลักการพื้นฐาน ระบบกฎหมายของอังกฤษและอเมริกาไม่มีการจำแนกประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนที่ถือว่ามีเนื้อหาที่แยกจากกันโดยชัดเจนดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสหรือแม้แต่ในเยอรมัน ดังนั้นระบบสัญญาที่เป็นอยู่ในประเทศอังกฤษและอเมริกาจึงเป็นไปในทำนองเดียวกันคือไม่มีการจำแนกว่ามีสัญญาตามกฎหมายมหาชนที่แยกออกไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนแต่อย่างใด

สัญญาภาคีรัฐในประเทศอังกฤษและอเมริกาจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะพื้นฐานเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วไป กล่าวคือ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วไป<sup>34</sup> และต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป<sup>35</sup>

ที่กล่าวว่า ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาโดยทั่วไปนั้น หมายความว่า ในการก่อให้เกิดสัญญากีดี การตีความสัญญากีดี หรือการพิจารณาผลของสัญญากีดี จะต้องเป็นไปตามหลักการเดียวกันกับที่ใช้อยู่ในสัญญาของเอกชน<sup>36</sup> แต่ก็พึงทราบในที่นี้ด้วยว่า หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาโดยทั่วไปนี้ ก็เป็นแต่เพียงหลักพื้นฐานส่วนหนึ่งของการทำสัญญาภาคีรัฐในอังกฤษและอเมริกาเท่านั้น และอาจจะกล่าวได้ว่าไม่ใช่เป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของการควบคุมพฤติกรรมของคู่สัญญาในสัญญาภาคีรัฐเสียด้วยซ้ำไป โดยยังมีกฎเกณฑ์ที่เป็นส่วนสำคัญอื่น ๆ ของสัญญาอีกคงจะได้กล่าวถึงต่อไปในตอนทีกล่าวเกี่ยวกับลักษณะพิเศษของสัญญาภาคีรัฐ

ส่วนที่กล่าวว่า ต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไปนั้น ก็หมายความว่า ทั้งอังกฤษและอเมริกาก็ไม่มีการตั้งศาลพิเศษที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครองที่จะมาทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาภาคีรัฐโดยเฉพาะดังเช่นที่มีอยู่ในฝรั่งเศสแต่อย่างใด อีกทั้งไม่มีกระบวนการวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาภาคีรัฐเป็นพิเศษโดยเฉพาะอีกด้วย โดย

<sup>34</sup>Ibid., p.31.

<sup>35</sup>Ibid., p.32.

<sup>36</sup>Ibid., p.32 ; Colin Turpin, Government Contracts, p.72, 96.

หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาภาคีรัฐเกิดขึ้นสำหรับในประเทศอังกฤษก็ต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยทางแพ่งโดยทั่วไป (ordinary courts of civil jurisdiction) ส่วนสำหรับในประเทศอเมริกาก็ต้องนำขึ้นสู่การวินิจฉัยของ Court of Claims โดยใช้วิธีพิจารณาคดี เช่นคดีแพ่งโดยทั่วไปนั่นเอง

## 2.2 ลักษณะพิเศษของสัญญาภาคีรัฐ

ถึงแม้ว่าสัญญาภาคีรัฐของอังกฤษและอเมริกาจะมีลักษณะพื้นฐานเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป แต่โดยแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาภาคีรัฐของทั้งสองประเทศดังกล่าวก็ทำให้มีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป กล่าวคือ ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาภาคีรัฐของทั้งอังกฤษและอเมริกา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่ดังเช่นที่เอกชนโดยทั่วไปมีอยู่ในการทำสัญญาทางแพ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ หรือมีข้อผูกมัดที่จะต้องปฏิบัติตามนโยบาย (policies), หลักการ (principles), และกฎระเบียบ (rules)<sup>37</sup> บางประการ ซึ่งมีความแตกต่างไปจากหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาเอกชนโดยทั่วไป (ordinary private law of contract) ซึ่งอาจแยกอธิบายได้ดังนี้

### 2.2.1 กรณีสัญญาภาคีรัฐของอเมริกา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า หลักกฎหมายที่ศาลของสหรัฐอเมริกาจะนำมาใช้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาภาคีรัฐ

---

<sup>37</sup>Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts, p.33.



นั่นก็คือหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งใช้กับสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป (ordinary contract law) นั้นเอง แต่ก็พึงทราบในเบื้องต้นด้วยว่าในการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ เช่นนี้ก็ได้หมายความว่าศาลจะบังคับใช้ในกรณีของสัญญาภาครัฐโดยเหมือนกับกรณีของสัญญาทางแพ่งอย่างเต็มที่ก็หาไม่ เพราะโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาภาครัฐและโดยแนวทางปฏิบัติของศาลในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาภาครัฐที่ได้มีการปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานาน ได้ก่อให้เกิดระบบกฎเกณฑ์ในการควบคุมการทำสัญญาภาครัฐที่มีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเองแตกต่างไปจากการทำสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปบางประการ กล่าวคือ

#### 2.2.1.1 เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

ภาครัฐเกิดขึ้น โดยปกติในหน่วยงานของรัฐบาลที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ร้องอุทธรณ์ขึ้นมาคือ Boards of Contract Appeals และโดยผลของการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการดังกล่าวนี้ได้มีส่วนอย่างสำคัญในการก่อให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (government contract law)<sup>38</sup> ขึ้นมา

#### 2.2.1.2 เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทที่เกิดจาก

สัญญาภาครัฐเข้าสู่การพิจารณาของศาลในทางปฏิบัติศาลก็จะนำเอาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาโดยทั่วไปมาบังคับใช้โดยจะมีการปรับหลักกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสมกับพฤติการณ์พิเศษเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของรัฐบาล (special circumstances government procurement) ด้วย และโดยผลของการปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวนี้ได้มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา

<sup>38</sup> Colin Turpin, Government Contracts, p.71.



สัญญาภาครัฐ (cases law on government contracts) ที่มีความแตกต่าง  
ออกไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญา  
ภาครัฐของอเมริกานั้นมีหลักกฎหมายส่วนหนึ่งที่เป็นของตนเองโดยเฉพาะอันเป็น  
ผลมาจากการพัฒนาของ Boards of Contract Appeals และศาลของ  
สหรัฐอเมริกา

2.2.1.3 นอกจากนี้ ในการทำสัญญาภาครัฐ  
ของอเมริกายังมีการตราพระราชบัญญัติ (federal statute) และออก  
กฎระเบียบ (regulation) อีกหลายฉบับมาควบคุมเกี่ยวกับการทำสัญญาภาครัฐ  
พระราชบัญญัติและกฎระเบียบที่สำคัญ ได้แก่<sup>39</sup>

ก. Armed Services

Procurement Act of 1947 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่ออกมาเพื่อควบคุมการ  
จัดหาพัสดุของ Department of Defense และ National Aeronautics  
and Space Administration และต่อมาได้มีการออกกฎระเบียบโดยอาศัย  
อำนาจตามพระราชบัญญัตินี้เพื่อกำหนดรายละเอียดของการควบคุม คือ  
Armed Services Procurement Regulations หรือ ASPR

ข. Federal Property and  
Administrative Services Act of 1949 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่ออก  
มาเพื่อควบคุมการจัดหาพัสดุของ General Services Administration

---

<sup>39</sup>Ibid., p.71 : W. Noel Keyes, Government  
Contracts in a Nutshell (United States of America : West  
Publishing Co., 1979), p.7, 8.

และหน่วยงานด้านพลเรือนอื่น ๆ และเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติฉบับแรกตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มีการออกกฎระเบียบตามมาอีกคือ Federal Procurement Regulations หรือเรียกย่อ ๆ ว่า FPR

พระราชบัญญัติและกฎระเบียบทั้ง 2 ประการดังกล่าวมานี้จะมีบทบาทอย่างสำคัญยิ่งในการควบคุมการทำสัญญาภาครัฐของอเมริกา ที่สำคัญก็คือทั้งใน ASPR และ FPR ต่างก็มีการสร้างแบบสัญญามาตรฐาน (Standardised conditions of contract) ขึ้นมาบังคับใช้ทั้งในกรณีที่เป็น Supply Contract และในกรณีที่เป็น Construction Contract<sup>40</sup>ซึ่งแบบสัญญามาตรฐานนี้จะ เป็นกลไกสำคัญในการที่รัฐจะใช้ปกป้องผลประโยชน์ของรัฐบาลหรือเป็นตัวกำหนดสิทธิพิเศษ (prerogatives) ของรัฐบาลที่มีอยู่เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ความสำคัญของกฎระเบียบทั้งหลายที่ออกมาเพื่อควบคุมการจัดหาพัสดุของภาครัฐในอีกแง่หนึ่งก็คือกฎระเบียบทั้งหลายที่มีการออกมานี้ เมื่อมีการนำไปพิมพ์เผยแพร่ใน Federal Register ตามที่กำหนดไว้ใน United States Code ส่วนที่ 44 มาตรา 1505 แล้วกฎระเบียบดังกล่าวก็จะมีผลบังคับเช่นกฎหมาย กล่าวคือมันจะมีผลผูกมัดหน่วยงานของสหรัฐ (federal agencies) และบุคคลทั่วไปทั้งหมดให้ต้องปฏิบัติตาม<sup>41</sup> ซึ่งต่อมา Court of Claims และ Supreme Court ก็ได้ยืนยันถึงความสำคัญของกฎระเบียบในประเด็นดังกล่าวนี้ โดยได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานเอาไว้ในคดี

---

<sup>40</sup>Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts, p.36.

<sup>41</sup>W. Noel Keyes, Government Contracts in a Nutshell, p.12.

G.L. Christian and Associates V. United State<sup>42</sup> ว่า ในกรณีที่ มีกฎระเบียบบังคับว่าหน่วยงานที่ทำสัญญาจะต้องระบุข้อความลงในสัญญา หากมีการละเลยไม่ระบุข้อความนั้นลงไปในสัญญาแล้วก็ให้ถือเสมือนว่ามีข้อความ นั้น ๆ อยู่ในสัญญาด้วย โดย Court of Claims ให้เหตุผลว่าหน่วยงานที่ทำ สัญญาไม่มีอำนาจที่จะยกเว้นการปฏิบัติตามกฎระเบียบที่มีผลบังคับ เช่นกฎหมายนั้น และ Supreme Court ก็ให้เหตุผลว่า การไม่ปฏิบัติตามที่กฎระเบียบกำหนดไว้จะทำให้สัญญานั้นไม่มีผลสมบูรณ์ (invalid)

### 2.2.2 กรณีสัญญาภาครัฐของอังกฤษ

ถึงแม้ว่าโดยพื้นฐานระบบกฎหมายของอังกฤษ จะเป็นเช่นเดียวกับระบบกฎหมายของอเมริกาที่ไม่ยอมรับรองถึงการมีอยู่ของ สัญญาทางปกครองเป็นพิเศษแต่การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของ อังกฤษก็มีความแตกต่างไปจากแนวทางพัฒนาของอเมริกาดังได้กล่าวมาแล้ว โดยในการวินิจฉัยคดีของศาลอังกฤษ ศาลไม่ได้มีบทบาทในการสร้างหลัก กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐโดยเฉพาะ (specific common law of government contracts) ขึ้นมาดังเช่นที่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้กระทำ เช่นนั้น อีกทั้งในทางนิติบัญญัติก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติหรือออกกฎระเบียบใด ๆ ที่จะนำมาใช้ควบคุมการทำสัญญาภาครัฐโดยเฉพาะดัง เช่นกรณีของอเมริกา<sup>43</sup>

แต่ถึงแม้กระนั้น สัญญาภาครัฐของอังกฤษก็ยังมี ลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปบางประการ กล่าวคือ

---

<sup>42</sup> Ibid., p.13 ; Colin Turpin, Government Contracts, p. 72.

<sup>43</sup> Colin Turpin, Government Contracts, p.72.

2.2.2.1 ในการทำสัญญาภาครัฐ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ทำสัญญามีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม "หลักในการทำสัญญา (Principles of Contracting)"<sup>44</sup> ซึ่งจะกำหนดหลักการและวิธีการในการทำสัญญาในแง่ต่าง ๆ เอาไว้ เช่น วิธีการคัดเลือกคู่สัญญา, การเลือกใช้แบบของสัญญาหรือข้อความในสัญญา, การกำหนดอัตราค่าไร, การจัดการให้เป็นไปตามสัญญา, และวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ดังนี้ เป็นต้น

"หลักในการทำสัญญา" เหล่านี้เกิดจากการกลั่นกรองและกำหนดขึ้นเป็นหลักการโดยองค์การหรือคณะกรรมการต่าง ๆ ที่มีประสบการณ์เกี่ยวกับงานทางด้านสัญญาของภาครัฐมาอย่างยาวนาน โดยองค์การหรือคณะกรรมการที่มีบทบาทสำคัญ ได้แก่ The authority of the Treasury, The Public Accounts Committee, และ Estimates Committee ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งถือว่าแหล่งที่มาของหลักในการทำสัญญาเหล่านี้ยังมีความกระจัดกระจายกันอยู่จนกระทั่งต่อมาในปี ค.ศ. 1920 ก็ได้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาอีกคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ประสานนโยบายและกระบวนการวิธีการทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ให้สอดคล้องต้องกัน คือ Contracts Co-ordinating Committee<sup>44</sup> แต่ในภายหลังก็ต้องล้มเลิกคณะกรรมการชุดนี้ไปแล้วมาตั้งขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1963 แต่เปลี่ยนชื่อใหม่เป็น Procurement Policy Committee ซึ่งบทบาทที่สำคัญของคณะกรรมการชุดนี้ก็คือการพัฒนา "หลักในการทำสัญญา" และการพยายามทำให้แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

<sup>44</sup>Ibid., p.84 - 87.

"หลักในการทาสัญญา" ที่กำหนดขึ้นโดยองค์กรหรือคณะกรรมการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้อาจจะมีสถานะเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติซึ่งไม่มีผลบังคับตั้ง เช่นกฎหมายเหมือนกับกฎระเบียบ (regulations) ที่มีการตราขึ้นเพื่อควบคุมการทาสัญญาภาครัฐของอเมริกาดังกล่าวมาแล้ว แต่แนวทางปฏิบัตินี้ก็จะมีผลผูกพันให้หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ที่ทาสัญญามีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม และจะมีกระบวนการตรวจสอบการปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามของหน่วยงานนั้น ๆ ด้วย โดยผู้ที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบโดยตรงก็คือ อธิบดีกรมตรวจสอบบัญชีและการเงินของแผ่นดิน (Comptroller and Auditor General)<sup>45</sup> ซึ่งหากมีการตรวจสอบพบเห็นการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามของหน่วยงานใดแล้ว ก็จะมีการทำรายงานแจ้งไปยังองค์กรหรือคณะกรรมการที่เป็นผู้กำหนดหลักการนั้น ๆ ขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยการกระทำของหน่วยงานผู้ทาสัญญาต่อไป และในอีกทางหนึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามหลักการนั้น ๆ ก็อาจจะยื่นคำร้องอุทธรณ์เป็นการภายในต่อผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของเจ้าหน้าที่ผู้ไม่ปฏิบัติตามหลักการนั้น ๆ ก็ได้<sup>46</sup>

#### 2.2.2.2 การให้อำนาจพิเศษแก่รัฐบาล

แม้ว่าในทางนิติบัญญัติประเทศอังกฤษจะไม่มีการตราพระราชบัญญัติขึ้นมาใช้ควบคุมการทาสัญญาภาครัฐโดยเฉพาะเหมือนดังเช่นที่มีอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับที่ออกมาโดยมีเนื้อหาเป็นการให้อำนาจพิเศษ (special powers)<sup>47</sup> บางประการแก่ฝ่ายรัฐบาลซึ่งการให้อำนาจดังกล่าวนี้ทำให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาภาครัฐและทาสัญญาภาครัฐมี

<sup>45</sup> Ibid., p.93.

<sup>46</sup> Ibid., p.95.

<sup>47</sup> Ibid., p.100.

ลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งที่แตกต่างสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป ตัวอย่างของกฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายรัฐบาล เช่น Ministry of Supply Act 1939 มาตรา 10(1)<sup>48</sup> ซึ่งให้อำนาจแก่รัฐมนตรีกระทรวงการพิสด (Minister of Supply ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนเป็น Minister of Technology) สามารถสั่งให้ผู้ขาย (Supplier) แจกแจงรายละเอียดของสินค้าที่ขายเป็นลายลักษณ์อักษรลงในแบบฟอร์มที่กำหนดให้ได้หากเห็นว่าผู้ขายให้ข้อมูลมาไม่เพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าสินค้านั้นมีราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุผลหรือไม่ หรือ Patents Act 1949 มาตรา 46<sup>49</sup> ซึ่งให้อำนาจแก่รัฐบาลสามารถสั่งให้บุคคลใดใช้สิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรใด ๆ เพื่อประโยชน์ของทางราชการ (the Crown) ได้โดยอาจจะเป็นการใช้ตามข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐบาลกับเจ้าของสิทธิบัตร หรืออาจจะเป็นการใช้โดยฝ่าฝืนต่อข้อตกลงนั้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามคำสั่งของศาลที่ได้กระทำภายใต้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็ได้ หรือ Defence Contracts Act 1958, มาตรา 2<sup>50</sup> ซึ่งให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐบาลสามารถสั่งคู่สัญญาที่มีหน้าที่ผลิตเครื่องมือเครื่องใช้สำหรับการป้องกันประเทศ (defence materials) ให้ทำการผลิตโดยใช้ข้อมูลทางเทคนิคของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ในการผลิตดังกล่าวได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีข้อตกลงที่เป็นการจำกัดเกี่ยวกับการห้ามใช้ข้อมูลนั้นหรือไม่ แต่ในกรณีดังกล่าวนี้หน่วยงานของรัฐบาลนั้นก็อาจจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิเหนือข้อมูล (licensor) ดังกล่าวเป็นการตอบแทนดังนี้ เป็นต้น

48 Ibid., p.100.

49 Ibid., p.102.

50 Ibid., p.103.

2.2.2.3 นอกจากนี้ ในการทำสัญญาภาครัฐของหน่วยงานรัฐบาลอังกฤษก็ยังมีแนวทางปฏิบัติที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การสร้างแบบสัญญามาตรฐานขึ้นมาบังคับใช้ (Standardised conditions of contract) โดยในปัจจุบันนี้มีแบบสัญญามาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นมาให้หน่วยงานของรัฐบาลใช้เป็นหลักอยู่ 2 ชุด คือ<sup>51</sup>

ก. GC/Stores/1 ซึ่งเป็นแบบสัญญาที่ใช้ในการจัดซื้อสินค้าของภาครัฐ โดยในแบบของสัญญานี้จะประกอบไปด้วยเงื่อนไขของสัญญา (conditions) 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 ซึ่งเป็นส่วนที่ใช้ได้กับสัญญาภาครัฐที่สร้างขึ้นโดยทุกหน่วยงาน หรือเป็นส่วนที่ต้องทำเหมือนกันหมดไม่ว่าสัญญานั้นจะสร้างขึ้นโดยหน่วยงานใด และส่วนที่ 2 ซึ่งประกอบไปด้วยเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เปิดโอกาสให้แต่ละหน่วยงานสามารถเลือกนำไปใช้ได้โดยพิจารณาให้เหมาะสมกับแต่ละกรณีไป ตัวอย่างของเงื่อนไขที่อยู่ในส่วนที่ 2 นี้ เช่นเงื่อนไขเกี่ยวกับการขึ้นลงของราคา (price fluctuation clauses), เงื่อนไขเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) เป็นต้น

ข. CCC/Wks/1 ซึ่งเป็นแบบของสัญญาที่ใช้เพื่อการก่อสร้างและงานวิศวกรรม (contracts for building and civil engineering works)

การสร้างแบบสัญญามาตรฐานขึ้นมากำหนดให้หน่วยงานของรัฐบาลใช้เช่นนี้ มีข้อสังเกตที่สำคัญที่ควรกล่าวไว้ 2 ประการ คือ

ประการแรก การสร้างแบบสัญญามาตรฐานขึ้นมาใช้นี้มิได้สร้างขึ้นโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ภาครัฐใช้แบบสัญญาดังกล่าวไปในทางที่เอาเปรียบเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะหลักการ

<sup>51</sup>Ibid., p.105 - 106.

สำคัญของการสร้างแบบมาตรฐานของสัญญาขึ้นมาใช้ก็คือ<sup>52</sup> การมุ่งหมายที่จะให้มีการปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณะ (public interest) ประการหนึ่ง และในขณะที่เดียวกันก็มุ่งหมายจะให้เกิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (fair treatment) ต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นสำคัญด้วย อีกประการหนึ่ง

ประการที่สอง แม้โดย

พื้นฐานจะถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะที่เท่าเทียมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่โดยผลของการกำหนดให้มีแบบสัญญามาตรฐานซึ่งประกอบไปด้วยเงื่อนไขต่าง ๆ ที่มีการกำหนดเอาไว้แล้ว เช่นนี้ ได้สะท้อนให้เห็นว่าแท้จริงแล้วคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นมีสถานะที่พิเศษ (special position)<sup>53</sup> แตกต่างไปจากสถานะของคู่สัญญาตามสัญญาทางแพ่งบ้างบางประการ เช่น การที่มีเงื่อนไขที่เรียกว่า "Break" Clause<sup>54</sup>ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาในเวลาใด ๆ ก็ได้ โดยเพียงแต่ทำคำบอกเลิกเป็นหนังสือแจ้งไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นเป็นตัวอย่างที่สะท้อนให้เห็นได้ชัดเจนว่า สถานะของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นมีความแตกต่างไปจากสถานะของคู่สัญญาในทางแพ่ง ซึ่งไม่มีสิทธิที่จะทำได้เช่นนั้น

### 2.3 สรุป

จากการพิจารณาถึงลักษณะพื้นฐานและลักษณะพิเศษของสัญญาภาครัฐของอังกฤษและอเมริกาดังได้กล่าวมานี้ จึงอาจกล่าวได้โดยสรุปว่า สัญญาภาครัฐของอังกฤษและอเมริกานั้นมีลักษณะทางสัญญาเป็นแบบผสม

<sup>52</sup>Ibid., p.105.

<sup>53</sup>Ibid., p.106.

<sup>54</sup>Ibid., p.241.



(hybrid contractual figure)<sup>55</sup> กล่าวคือ โดยโครงสร้างทางทฤษฎี (Theoretical structure) และโดยหลักการพื้นฐาน (fundamental principles) จัดว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่โดยแนวทางปฏิบัติแล้วถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะของตนเองและมีความแตกต่างไปจากความ เป็นสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปหลายประการ ดังได้กล่าวมาแล้ว

#### การให้สิทธิพิเศษ (prerogatives) แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาภาครัฐ

ลักษณะเด่นประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาภาครัฐในประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปไม่่ว่าระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ จะรับรองถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ก็คือการยอมรับว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาภาครัฐจะต้องมีสถานะที่พิเศษแตกต่างไปจากสถานะของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน โดยสถานะที่พิเศษนี้มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายของฝ่ายบริหารเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ และระดับของการให้ความสำคัญต่อสถานะพิเศษนี้ก็จะ มีระดับแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ดังจะเห็นได้ว่าในประเทศฝรั่งเศสซึ่งยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจนได้ให้ความสำคัญมากถึงขนาดมี ทฤษฎีทางกฎหมายปกครอง อาทิ ทฤษฎีอำนาจมหาชน หรือทฤษฎีบริการสาธารณะ ออกมารองรับสถานะพิเศษนั้น ส่วนในประเทศเยอรมันตะวันตกซึ่งมีการยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองในบทบาทที่น้อยกว่า หรือในประเทศอังกฤษและ

---

<sup>55</sup>Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts, p.33.

อเมริกาซึ่งไม่ยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองเลย ก็ยังให้ความสำคัญต่อสถานะพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอยู่บ้างเช่นกัน แม้ว่าจะให้ความสำคัญไม่มากเท่ากับระดับการยอมรับของประเทศฝรั่งเศส แต่ก็ยังเห็นว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีอยู่ โดยการยอมรับถึงสถานะที่พิเศษในประเทศเหล่านี้จะปรากฏอยู่ในรูปแบบของเงื่อนไขมาตรฐาน (standard conditions) ในสัญญาเป็นส่วนใหญ่และสิ่งที่แสดงให้เห็นว่ามีการยอมรับสถานะพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ชัดเจนประการหนึ่งก็คือ การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิพิเศษ (prerogatives) เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในบางประการ ดังนั้น ในส่วนนี้จึงจะได้กล่าวถึงสาระสำคัญเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวนี้

### 1. มูลเหตุของการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

มูลเหตุสำคัญอันเป็นที่มาของแนวความคิดว่าด้วยการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ก็คือความมุ่งหมายที่จะทำให้อำนาจปกครองในฐานะที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาภาครัฐสามารถดำเนินการเพื่อปกป้องประโยชน์ของสาธารณะ (public interest)<sup>56</sup> ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แนวความคิดในเรื่องการปกป้องประโยชน์ของสาธารณะนี้ แท้ที่จริงแล้วมิใช่มีอยู่เฉพาะแต่ในสัญญาภาครัฐเท่านั้น แต่ในสัญญาทางแพ่งที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันก็มีแนวความคิดนี้เป็นหลักอยู่เช่นกัน ดังจะเห็นได้ในหลักว่าด้วยความสมบูรณ์ของสัญญาซึ่งกำหนดว่า คู่สัญญาจะทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ ดังนี้ เป็นต้น ก็เป็นการสร้างขอบเขตของการปกป้องประโยชน์ของสาธารณะ

<sup>56</sup>Ibid., p.36.

ไว้ในลักษณะหนึ่ง แต่สำหรับสัญญาภาครัฐแล้วยังเป็นที่ยอมรับหรือให้ความสำคัญ ต่อเป้าหมายประการนี้ยิ่งกว่าที่ที่มีการยอมรับอยู่ในการทำสัญญาของภาคเอกชน ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่เห็นกันว่าการก่อหนี้ของภาครัฐ (public funds) ใน ประเทศทางตะวันตกส่วนใหญ่มักจะเป็นการก่อหนี้เพื่อนำมาใช้เกี่ยวกับการจัดหา สินค้าและบริการเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อชุมชน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการเพื่อทำให้กระบวนการดังกล่าวนี้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ (efficiency) และเป็นไปด้วยความประหยัด (economy) และเป็นที่เห็น พ้องต้องกันว่าวิธีการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ก็คือการให้สิทธิพิเศษแก่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

## 2. ลักษณะของการให้สิทธิพิเศษ

ลักษณะของการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเป็นที่ยอมรับ หรือเป็นแนวปฏิบัติที่ได้ปฏิบัติกันมาเมื่ออยู่ 2 ลักษณะ คือ

### 2.1 การให้สิทธิพิเศษโดยกฎหมาย

การให้สิทธิพิเศษในลักษณะนี้ หมายถึง การให้สิทธิพิเศษ โดยมีหลักกฎหมายให้การรับรองถึงการมีอยู่ของสิทธิพิเศษนั้น ๆ ซึ่งหลักกฎหมายนี้อาจจะเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากการวินิจฉัยของศาลหรือเป็นที่ยอมรับกันในทาง วิชาการหรืออาจจะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น ตาม หลักกฎหมายของฝรั่งเศสซึ่งมีทั้งที่เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากการวินิจฉัยของ Conseil d'Etat และที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ยอมรับ ว่าฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองมีสิทธิพิเศษฝ่ายเดียวในการ เลิกสัญญา (unilateral termination) ได้โดยอาศัยเหตุผลเพื่อการปกป้อง ผลประโยชน์สาธารณะหรือตามบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันตก

ก็ยอมรับถึงการมีสิทธิดังกล่าวนี้ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเช่นกัน<sup>57</sup> ดังนี้ เป็นต้น

การที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษโดยผลของกฎหมายในฐานะที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาภาครัฐนี้เป็นสิ่งที่มีความแตกต่างไปจากการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายเพื่อที่จะกระทำการให้เกิดผลในทางปกครองทั่วไป หรือที่เรียกว่าเป็น "การกระทำของรัฐบาล" (governmental acts)<sup>58</sup> แม้ว่าในบางครั้งการกระทำของฝ่ายปกครองในสองลักษณะนี้จะให้ผลในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน เช่น มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้หรือปฏิบัติได้ยากลำบากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกันก็ตาม ก็ยังถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองในสองสถานะนี้เป็นคนละกรณีแยกจากกัน โดยความแตกต่างของทั้งสองกรณีนี้ขึ้นอยู่กับผลของการกระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือในการใช้สิทธิพิเศษในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะส่งผลกระทบต่อเฉพาะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็น "การกระทำของรัฐบาล" จะส่งผลกระทบต่อประชาชนเป็นการทั่วไป ตัวอย่างของการกระทำที่ถือว่าเป็น "การกระทำของรัฐบาล" เช่น ตามหลักกฎหมายของอังกฤษถือว่า การที่รัฐบาล (the Crown) หรือองค์กระสาธารณะ (public authority) อื่น ๆ กระทำการใด ๆ เพื่อนำไปสู่เป้าหมายในทางบริหารเป็นการทั่วไป (general executive purpose) นั้นเป็น "การกระทำของรัฐบาล"<sup>59</sup> หรือตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาถือว่า การที่รัฐบาลกลางได้กระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่มีผลต่อสาธารณะทั่วไปในฐานะที่เป็นองค์อธิปัตย์ (public and general acts as a sovereign) นั้น เป็น "การกระทำของรัฐบาล"<sup>60</sup> ดังนี้ เป็นต้น

<sup>57</sup>Ibid., p.40 - 41.

<sup>58</sup>Ibid., p.39.

<sup>59,60</sup>Ibid., p.40.

## 2.2 การให้สิทธิพิเศษโดยสัญญา

การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยวิธีการเขียนลงไว้ในสัญญานี้เป็นวิธีการที่มีปรากฏอยู่ในสัญญาภาครัฐของทั้งประเทศที่ยอมรับและไม่ยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศที่ถือว่าสัญญาภาครัฐมีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาทางแพ่งด้วยแล้ว การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะกระทำโดยผ่านวิธีการบัญญัติเอาไว้เป็นข้อสัญญามากกว่าที่จะกระทำโดยวิธีการออกกฎหมายมาให้สิทธิพิเศษนั้น ๆ ดังจะเห็นได้ว่า ทั้งในประเทศเยอรมันตะวันตก, อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ต่างก็มีการกำหนดให้มีการใช้แบบสัญญามาตรฐาน (Standard Forms of Contract) โดยในแบบสัญญามาตรฐานนั้นก็มีข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น<sup>61</sup> ใน GC/Stores/1 และ CCC/Wks/1 ของอังกฤษจะมีเงื่อนไขมาตรฐานที่เรียกว่า Break Clause ซึ่งให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว, หรือใน Federal Ministry of Defence Contracts ของเยอรมันก็มีข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่กระทรวงกลาโหมสามารถใช้ดุลพินิจบอกเลิกสัญญาเพื่อการปรับปรุงแผนการจัดหาพัสดุได้ในกรณี que เห็นว่า ยุทธศาสตร์หรือเทคนิคทางการทหารได้เปลี่ยนแปลงไป หรือในสัญญาภาครัฐของอเมริกาก็จะมีกฎระเบียบซึ่งบังคับให้เขียนข้อสัญญาที่เรียกว่า Termination for Convenience Clause ซึ่งให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาเอาไว้ในสัญญาด้วย ดังนี้ เป็นต้น

## 3. ประเภทของสิทธิพิเศษที่ยอมรับในประเทศต่าง ๆ<sup>62</sup>

ประเภทของสิทธิพิเศษที่จะกล่าวถึงดังต่อไปนี้เป็นการประมวลขึ้นจากการยอมรับในทางเนื้อหาของระบบกฎหมาย และจากการยอมรับโดยแนวทาง

<sup>61</sup>Ibid., p.41.

<sup>62</sup>Ibid., p.36 - 44.

ปฏิบัติที่มีอยู่ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งระดับของการยอมรับในแต่ละกรณีย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยอาจกล่าวถึงสิทธิพิเศษในแต่ละประเภทได้โดยสังเขป ดังนี้

3.1 สิทธิพิเศษในการควบคุมหรือกำกับการให้เป็นไปตามสัญญา  
(control or direction of the contract)

ซึ่งสิทธิพิเศษประเภทนี้ได้ถูกจำแนกออกเป็น 2 ประเภทย่อย ๆ คือ

3.1.1 สิทธิพิเศษในการควบคุมให้ปฏิบัติตามสัญญา  
(control of performance)

สิทธิพิเศษประเภทนี้เป็นสิทธิที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาภาครัฐจำเป็นต้องมีเพื่อทำให้วัตถุประสงค์ของส่วนรวม (public purposes) สามารถบรรลุเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ลักษณะของสิทธิพิเศษประเภทนี้อาจจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับที่คู่สัญญามีอยู่ในสัญญาเอกชน แต่โดยแท้จริงแล้วไม่ได้มีลักษณะเหมือนกันทั้งหมด โดยมีความแตกต่างในบางประการ กล่าวคือโดยทั่วไปอำนาจที่มีการมอบหมายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาภาครัฐกรณีนี้จะมีลักษณะที่ครอบคลุมไปกว้างไกล มากกว่าที่คู่สัญญามีอยู่ในสัญญาเอกชนและบางครั้งแหล่งอันเป็นที่มาของสิทธิพิเศษในกรณีนี้ก็อยู่นอกเหนือไปจากตัวสัญญาเอง ซึ่งสัญญาเอกชนจะไม่มีลักษณะเช่นนี้

ตัวอย่างเช่นในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายปกครองตามสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่สัญญา

อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างได้ แม้ว่าในสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจดังกล่าวไว้ไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม โดยถือว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจดังกล่าวนี้เนื่องมาจากสถานะของฝ่ายปกครองเองที่ถือว่าเป็น "ผู้บริหารโครงการ" (Manager of the project หรือ maitre de l'ouvrage) โดยกลไกหลักที่ฝ่ายปกครองจะใช้ควบคุมคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาก็คือ ordre de service หรือคำสั่งบังคับซึ่งจะมีขอบเขตอย่างกว้างขวางและครอบคลุมไปถึงทุกแง่มุมเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา

นอกจากนี้ ในแบบสัญญาก่อสร้างหรือ CCC/Wks/1 ของอังกฤษก็ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลในการบังคับหรือควบคุมคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน โดยอำนาจที่ให้มีลักษณะที่กว้างกว่าอำนาจที่ผู้ว่าจ้างมีอยู่ในสัญญาจ้างก่อสร้างของภาคเอกชน

และในแบบสัญญาก่อสร้างและสัญญาซื้อขายของเยอรมันตะวันตกก็ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการที่จะเข้าไปตรวจสอบงานหรือผลผลิตให้เป็นไปตามสัญญา อีกทั้งมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

ส่วนในกรณีของสหรัฐอเมริกาจะไม่ให้ความสนใจกับวิธีการควบคุมคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากนัก แต่จะใช้วิธีการให้คาบรักษาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้เกิดผลตามสัญญามากกว่า

### 3.1.2 สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

(Unilateral variation of the contract)

สิทธิพิเศษในกรณีนี้หมายถึงสิทธิที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจที่จะแก้ไขเงื่อนไขในสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับกรณี



นี้จะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

### 3.2 สิทธิพิเศษในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral-termination)

สิทธิพิเศษในการเลิกสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้จัดว่าเป็นสิทธิพิเศษที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอยู่ซึ่งให้ผลรุนแรงมากที่สุดยิ่งกว่าสิทธิพิเศษประเภทใด ๆ และในระบบเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของประเทศต่าง ๆ ก็นิยมที่จะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิพิเศษประเภทนี้เพื่อดำรงไว้ซึ่งเสรีภาพในการกระทำ (freedom of action) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังได้เคยกล่าวมาแล้วว่าในประเทศฝรั่งเศสได้มีการรับรองถึงการมีอยู่ของสิทธิประเภทนี้ทั้งในทางทฤษฎีและโดยบทบัญญัติของกฎหมายและในประเทศอังกฤษ, เยอรมันตะวันตก, และสหรัฐอเมริกาที่มีการรับรองในรูปแบบของการกำหนดเป็นเงื่อนไขมาตรฐานเอาไว้ในแบบของสัญญาภาครัฐบางชนิด

### 3.3 สิทธิในการกำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายเป็นพิเศษ (Special remedies)

สิทธิพิเศษประเภทนี้ หมายถึง การให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการกำหนดมาตรการลงโทษหรือวิธีการเยียวยาความเสียหายเป็นพิเศษ (Special sanctions or remedies) ลงไว้ในสัญญาหรือในกระบวนการทำสัญญาภาครัฐ เพื่อเป็นกลไกในการสร้างแรงกดดันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพและสนองประโยชน์ของสาธารณะได้ทันกาล โดยหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นทำผิดสัญญาก็จะต้องถูกลงโทษตามวิธีการที่ได้กำหนดไว้

สำหรับมาตรการลงโทษหรือวิธีการเยียวยาความเสียหายจะเป็นอย่างไรบ้างนั้น นักวิชาการของฝรั่งเศสได้จำแนกไว้เป็น 3 ประเภท คือ



3.3.1 มาตรการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (pecuniary sanction) ซึ่งหมายถึง การกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นค่าเสียหาย หรือเป็นค่าปรับ (penalty) ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นทำผิดสัญญา ตัวอย่างเช่น ในแบบสัญญามาตรฐานของอังกฤษและอเมริกา จะมีการบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า หรือ Liquidated Damages เอาไว้ในแบบของสัญญาด้วย เป็นต้น

3.3.2 มาตรการลงโทษที่เป็นการขู่เชิญบังคับ (Coercive sanction) ซึ่งหมายถึง การกำหนดข้อความลงไว้ในสัญญาว่า หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิที่จะจัดหาสินค้าจากแหล่งอื่นแทน หรือโอนการปฏิบัติงานตามสัญญา ไปให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สาม (third party) ปฏิบัติแทนได้โดยคู่สัญญาเดิมนั้นยังคงต้องรับภาระการเสี่ยงภัย (risk) หรือค่าใช้จ่าย (expense) ที่อาจจะเพิ่มขึ้นอยู่ต่อไป หรือหากความบกพร่องในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นอยู่ในขั้นร้ายแรง คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ตัวอย่างเช่น ในแบบสัญญามาตรฐานของอเมริกา มีการกำหนดเงื่อนไขมาตรฐานเกี่ยวกับการเลิกสัญญา หรือ "Termination for Default" Clause เอาไว้ทั้งในแบบสัญญาซื้อขาย (supply contracts) และแบบสัญญาก่อสร้าง (construction contracts) และยังมีกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถเรียกร้องเอาค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น (additional costs) จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องจัดหาสินค้าจากแหล่งอื่นมาทดแทนอันเนื่องมาจากความผิดของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น หรือตามแบบสัญญามาตรฐานของเยอรมันตะวันตกก็มีการกำหนดข้อความให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งล้มละลาย หรือกระทำการต่างๆ ที่ไม่เหมาะสม เช่น การสมรู้กันหรือฮั้วกันในการประมูล (collusive bidding), การให้สินบน (bribery), การเปิดเผยข้อมูลลับ (disclosure of secret

information), หรือการจ้างช่วงโดยไม่ได้รับอนุญาต (unauthorised sub-contracting) เป็นต้น

3.3.3 มาตรการลงโทษที่เป็นก้ำจัดออกไป (resolutive sanction) ซึ่งหมายถึงมาตรการที่เป็นการห้ามไม่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบางคนเข้ามาร่วมในกระบวนการทำสัญญาภาครัฐอีกต่อไปในอนาคต หรือที่เรียกว่าการขึ้นบัญชีดำ (black-listing) ซึ่งการห้ามในลักษณะดังกล่าวนี้อาจจะเป็นการห้ามชั่วคราวหรือถาวรก็ได้ ตัวอย่างเช่นตามสัญญาภาครัฐของเยอรมันตะวันตก คู่สัญญาที่มีพฤติกรรมสมรู้กันหรือฮั้วกันในการประมูลจะถูกขจัดออกไปจากบัญชีรายชื่อของผู้ที่ได้รับการรับรองให้ทำสัญญาได้ (approved lists of contractors) ดังนี้ เป็นต้น

สิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เป็นมาตรการลงโทษหรือเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายเป็นพิเศษทั้ง 3 ประการ ดังกล่าวมานี้สำหรับในประเทศฝรั่งเศสแล้วถือว่ามีสถานะเป็นสิทธิพิเศษอย่างชัดเจนโดยถือว่าเป็นสิทธิพิเศษที่ฝ่ายปกครองมีอยู่โดยสภาพหรือโดยเนื้อหา (inherent prerogatives of the administration) อยู่แล้วแม้จะไม่มีภาระบุสิทธิพิเศษเหล่านี้เอาไว้ในสัญญาก็ตาม แต่โดยทั่วไปแล้วก็มักจะมีการระบุลงไว้ให้ชัดเจนในสัญญาด้วย

ส่วนสถานะของสิทธิพิเศษเหล่านี้ในประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ไม่ยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองอย่างอังกฤษและอเมริกัน โดยหลักการแล้วจะถือว่าข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น pecuniary sanction ก็ดี หรือที่เป็น coercive sanction ก็ดี จะไม่มีความแตกต่างในหลักการไปจากที่มีการใช้กันอยู่ในสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาเอกชนเท่าใดนัก แต่ถึงกระนั้นก็ยังเห็นว่ามี ความแตกต่างกันอยู่บ้างในด้านสภาพ

และวิธีการปฏิบัติ (nature and operation) เกี่ยวกับสิ่งเหล่านี้โดยอังกฤษ เห็นว่าสิทธิพิเศษดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากสถานะที่พิเศษ (special position) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และสำหรับอเมริกาก็เห็นว่าในการตีความเกี่ยวกับข้อความเหล่านี้ ศาลและ Boards of contract appeals จะต้องตีความโดยคำนึงถึงลักษณะและขอบเขตเฉพาะของสัญญาภาครัฐด้วย

### 3.4 สิทธิพิเศษในการเรียกร้องเอาค่าไรส่วนเกิน

(Recovery of Excessive Profits)

สิทธิพิเศษประเภทนี้ หมายถึงการทำให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการที่จะค้นหาและเรียกร้องเอาค่าไรส่วนเกินจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

ลักษณะของสัญญาภาครัฐที่จะมีการทำให้สิทธิพิเศษประเภทนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น มักจะเป็นการสัญญาที่มีขนาดใหญ่และมีระยะเวลาผูกพันตามสัญญาที่ยาวนาน (magnitude and long duration) และอาจจะเกี่ยวข้องกับงานที่มีข้อจำกัดทางด้านความรู้ทางเทคโนโลยีอย่างมาก ซึ่งทำให้ยากต่อการที่จะประมาณได้ว่าค่าลงทุนเกี่ยวกับการดำเนินงาน (cost of performance) นั้นควรจะเป็นเท่าใด หรืออาจจะเป็นสัญญาที่มีการทำขึ้นในกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง และอยู่บนพื้นฐานที่มีข้อจำกัดทางด้านข้อมูล ซึ่งกรณีต่าง ๆ เหล่านี้อาจจะเป็นไปได้ว่าเป็นสาเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้บวกกำไรเข้าไปในสัญญาในลักษณะที่สูงเกินสมควร เมื่อพิจารณาจากแง่มุมของการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะ (public interest) เป็นเกณฑ์ ดังนั้น จึงเป็นยอมรับกันในบางประเทศว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐน่าจะมีสิทธิที่จะเข้าไปตรวจสอบและเรียกร้องเอาค่าไรส่วนเกินที่เห็นว่าเป็นค่าไรส่วนเกินจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

ตัวอย่างเช่นในแบบสัญญาซื้อขาย (supply contract) ของอังกฤษมีการบัญญัติเงื่อนไขเอาไว้ข้อหนึ่ง ซึ่งให้อำนาจแก่คณะกรรมการ ทบทวนสัญญาภาครัฐ (Review Board Government Contracts) เป็นผู้ มีอำนาจพิจารณาตรวจสอบว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้สร้างกำไรส่วนเกินไว้ในสัญญา หรือไม่ ดังนี้ เป็นต้น

แต่เกี่ยวกับกรณีเดียวกันนี้ สำหรับประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะไม่มีการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทบทวนย้อนหลังเกี่ยวกับ "ราคาตามสัญญา" (contract prices) หรือการแสวงหากำไรส่วนเกินจากสัญญาอย่างเด็ดขาด แม้ว่าจะมีการรับรองอย่างแข็งขันถึงการสิทธิพิเศษในประเภทอื่น ๆ ก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากในการทำสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั้นได้ยึดถือหลักสำคัญประการ หนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องราคา คือ "หลักว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงราคาไม่ได้" (The immutability of a fixed contract price) ดังนั้น เมื่อมีการ กำหนดราคาเป็นอย่างไรแล้วก็ต้องเป็นไปตามนั้น หากต่อมาจะมีการเปลี่ยนแปลงราคาเป็นอย่างไรก็ต้องเกิดจากการตกลงร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มิใช่เกิดจากการใช้สิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียว

การบรรเทาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

แนวความคิดในเรื่องการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐดัง ได้กล่าว มาแล้วนั้น นอกจากจะมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะที่พิเศษเพื่อประโยชน์ การดำเนินการปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ก็ ยังมีผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาอื่นที่ฝ่ายเอกชนด้วยอย่างน้อย 2 ประการ คือ

ประการแรกทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสถานะที่แตกต่างไปจากการเป็นคู่สัญญาตั้ง เช่นสถานะของคู่สัญญาทั่ว ๆ ไป โดยทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกอยู่ในสถานะเป็นผู้ร่วมหรือให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะตามเป้าหมายของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยปริยาย ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างความสัมพันธ์ที่เกินไปกว่าขอบเขตของความสัมพันธ์ทางสัญญาตามสัญญาทั่ว ๆ ไป

และประการที่สอง ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดอำนาจต่อรองในระดับหนึ่ง หรือต้องรับภาระบางอย่างที่เกินเลยไปกว่าภาระตามสัญญาทั่ว ๆ ไป เช่น การต้องทำสัญญาตามแบบของสัญญา ซึ่งประกอบไปด้วยเงื่อนไขตามที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้กำหนด หรือการถูกผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้อำนาจแก้ไขแต่ฝ่ายเดียว เป็นต้น

จากผลกระทบที่มีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังกล่าวมานี้ ทำให้เกิดมีแนวความคิดต่อเนื่องออกไปว่า ในการที่จะดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น นอกจากจะต้องให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อการดังกล่าวแล้ว ในอีกทางหนึ่งก็ต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสถานะดังกล่าวด้วย ดังนั้น จึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือหรือการบรรเทาความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Relief of the Contractor)<sup>63</sup> เกิดขึ้น

แนวความคิดว่าด้วยการบรรเทาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนี้มักจะมีอยู่เสมอในระบบการจัดหาพัสดุ (national procurement systems) ของประเทศต่าง ๆ การกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือแก่

<sup>63</sup>Ibid., p.44 - 46.

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น บางครั้งก็กระทำในรูปแบบของการวางไว้เป็นหลักกฎหมาย (rules of law) และบางครั้งก็กระทำโดยการกำหนดเอาไว้เป็นเงื่อนไขมาตรฐานในสัญญา (Standard contractual conditions)

ตัวอย่างของมาตรการในการให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การกำหนดให้มีการจ่ายเงินล่วงหน้าให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางส่วน (advance or progress payments), การดำเนินการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับสินเชื่อจากสถาบันทางการเงินของภาครัฐบาลหรือเอกชนเป็นพิเศษ หรือการกำหนดให้มีเงื่อนไขเพื่อการทบทวนหรือปรับปรุงเกี่ยวกับราคาหรือ Price-Revision Clause เอาไว้ในสัญญา เป็นต้น

การพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือ หรือบรรเทาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนี้ ดูเหมือนว่าประเทศฝรั่งเศสจะมีการพัฒนาไปกว้างไกลกว่าประเทศอื่น ๆ โดยในประเทศฝรั่งเศสได้มีการพัฒนาจนถึงขั้นวางเป็นหลักทางทฤษฎี ซึ่งกำหนดให้มีการบรรเทาความเสียหายทั้งที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาโดยตรง คือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครอง (Doctrine of fait du prince) และที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ ที่ไม่แน่นอนและไม่อาจเห็นได้ล่วงหน้า คือ ทฤษฎีว่าด้วยความไม่แน่นอนที่ไม่อาจเห็นได้ล่วงหน้า (Doctrine of imprévision) ส่วนในประเทศอื่น ๆ เช่น อังกฤษและอเมริกา ถึงแม้จะมีการให้สิทธิแก่ Contractor สามารถเรียกร้องเอาค่าชดเชย (compensation) เพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำขององค์กรของรัฐ (sovereign authority) ในกรณีพิเศษ (special circumstances) ได้ก็ตาม แต่ก็ไม่มีมีการวางเป็นหลักทางทฤษฎีไว้ดังเช่นกรณีของฝรั่งเศสแต่อย่างใด