

บทที่ 2

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

2.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ด้วยการแลกเปลี่ยนความยินยอมซึ่งกันและกันในระหว่างคู่สัญญา เช่นเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนทั่วไป และการแลกเปลี่ยนความยินยอมเช่นว่านี้เองทำให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการทำสัญญา เช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งหลักสำคัญประการหนึ่งของเสรีภาพในการทำสัญญาดังที่กล่าวมาในบทที่ 1 ก็คือเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางปกครองนั้นเพื่อที่จะให้ข้อตกลงในระบบสัญญาทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้อง การเกิดขึ้นของสัญญาจึงจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ คู่สัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน สัญญาทางปกครองส่วนใหญ่เป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงร่วมกันที่ฝ่ายปกครองอาจกำหนดเนื้อหาหลักๆ ของสัญญาเอาไว้ไม่มากนักน้อย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดวิธีการในการจัดทำสัญญาและข้อความในสัญญาที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา นอกจากเจตนาของคู่สัญญาที่เป็นส่วนสำคัญของสัญญาทางปกครองแล้วกฎหมายทั้งระดับที่เป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายระดับที่เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารก็มีส่วนสำคัญในการบัญญัติถึงข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องจัดทำสัญญาแต่ละประเภทตามที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้นตอนและเนื้อหาสาระเอาไว้ คู่สัญญาเองก็มีสิทธิที่จะกำหนดข้อความต่างๆ ไว้ในสัญญาได้หากไม่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดที่บังคับว่าต้องมีในสัญญาหรือข้อกำหนดที่ห้ามมีในสัญญา ดังนั้น ในการศึกษาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศสในบทนี้ ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาทั้งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งทางรูปแบบและทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

2.1.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเกิดจากเหตุความบกพร่องหลายประการ ดังนี้

2.1.1.1 ความบกพร่องของคู่สัญญา

1) อำนาจในการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

โดยหลักทั่วไปแล้วเอกชนหรือบุคคลธรรมดาจะมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถที่จะทำนิติกรรม โดยต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง แต่หากเป็นนิติบุคคลอาจมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น สำหรับฝ่ายปกครองนั้นจะมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญา เช่น สัญญานั้นต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กรหรือหน่วยงาน หรือจะต้องลงนามโดยบุคคลผู้ที่ได้รับมอบอำนาจนิติบุคคลมหาชนนั้นในบางกรณีอาจมีความคล้ายคลึงกับนิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชน แต่ในบางกรณีก็อาจแตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีที่คล้ายกับนิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชนจะได้แก่กรณีที่สัญญาจะต้องทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ขององค์กรและจะต้องลงนามโดยผู้ที่ได้รับมอบอำนาจสำหรับการนั้น ในขณะที่ความแตกต่างจะได้แก่ขอบเขตของวัตถุประสงค์และการมอบอำนาจในระบบกฎหมายมหาชนจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำสัญญาซึ่งมีความเชื่อมโยงกับประโยชน์สาธารณะและการจัดทำบริการสาธารณะ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับอำนาจแม้จะไม่ปรากฏอยู่ในสัญญาก็ตาม แต่หากมีการฝ่าฝืนก็อาจทำให้สัญญานั้นเสียเปล่าได้ ในระบบกฎหมายเอกชนนั้นสัญญาจะทำได้ก็แต่โดยการมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้กระทำแทน ส่วนในระบบกฎหมายมหาชนนั้นจะแตกต่างจากระบบกฎหมายเอกชน เพราะการมอบอำนาจในระบบกฎหมายมหาชนนั้นเป็นไปได้โดยผลของกฎหมาย¹

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจนี้ มีอยู่สองเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงที่สมควรทำการศึกษา คือ (1) อำนาจของนิติบุคคลมหาชน และ (2) อำนาจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับสัญญา

(1) อำนาจของนิติบุคคลมหาชน

ประเทศฝรั่งเศสเป็นรัฐเดี่ยวและจัดการปกครองในลักษณะที่เน้นหนักการรวมศูนย์อำนาจการปกครองที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย โดยมีการจัดระเบียบบริหารราชการแบ่งออกเป็นสามส่วน คือ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น ในส่วนกลางนั้นมีประธานาธิบดีที่มาจากกาเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน มีอำนาจในการบริหารประเทศบางส่วนควบคู่ไปกับนายกรัฐมนตรีซึ่งมาจากหัวหน้าพรรคการเมืองหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร และมีรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารงานกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ซึ่งกระทรวง ทบวง

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 357.

กรมเหล่านี้ไม่ได้มีฐานะเป็นนิติบุคคลเพราะในประเทศฝรั่งเศส รัฐเท่านั้นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล หน่วยงานอื่นๆ ในการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาคต่างไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล²

นิติบุคคลมหาชน (les personnes publiques) ในประเทศฝรั่งเศส สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 3 ประเภท³ คือ

(ก) รัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในทุกเรื่องและมีเขตอำนาจทั่วประเทศ

(ข) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivités locales) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องทั่วไป แต่มีอำนาจจำกัดเฉพาะในเขตท้องที่ของตน นิติบุคคลประเภทนี้ ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (départements) และเทศบาล (communes)

(ค) องค์การมหาชน (Établissements publics) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ นิติบุคคลประเภทนี้ ได้แก่ มหาวิทยาลัย และวิสาหกิจมหาชนที่ตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชน” เป็นต้น

นิติบุคคลมหาชนทุกประเภทซึ่งรวมถึงบรรดาองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่างก็มีหน้าที่หรืออำนาจในการปฏิบัติภารกิจ หรือในการดำเนินกิจกรรมของตนเองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยส่วนใหญ่แล้วในกรณีของวิสาหกิจมหาชน กฎหมายจะกำหนดหน้าที่ไว้ให้มีความสัมพันธ์กับประเภทของบริการสาธารณะที่วิสาหกิจมหาชนต้องรับผิดชอบ ในขณะที่หน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะถูกกำหนดไว้ให้กว้างกว่านิติบุคคลมหาชนประเภทอื่นๆ ทั้งนี้ เนื่องจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของการกระจายอำนาจทางเขตแดน (décentralization territoriale) ดังนั้น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจเหนือพื้นที่ของตนเองและมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของประชาชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ของตน แต่ไม่รวมถึงการเข้าไปดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชนอื่นหรือภารกิจที่เป็นหน้าที่หรืออยู่ในความรับผิดชอบของเอกชน การนำหลักเกี่ยวกับอำนาจของนิติบุคคลมาใช้ในระบบสัญญาทางปกครองไม่ก่อให้เกิดปัญหามากนัก เพราะในทางปฏิบัติทั่วไปแล้วเป็นการยากที่นิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่งจะทำสัญญาเข้าไปแทนที่

² ญูดานาญ ขออาพั๊ด, “สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 58

³ บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง 2545), น. 21. (เชิงอรรถที่ 14)

นิติบุคคลมหาชนอีกประเภทหนึ่ง ทั้งนี้ เนื่องจากหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมของนิติบุคคลมหาชนแต่ละประเภทไม่เหมือนกัน แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของการแบ่งสรรอำนาจ (répartition des compétences) กัน เช่น ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับวิสาหกิจมหาชน และระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันเองที่ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนหรือการแย่งชิงกันดำเนินกิจกรรม

(2) อำนาจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับสัญญา

อำนาจของฝ่ายปกครองที่กล่าวถึงนี้มีได้หมายความเฉพาะถึงอำนาจในการทำสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะหมายความรวมถึงอำนาจในการแก้ไขสัญญา อำนาจในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญา และอำนาจในการเลิกสัญญาด้วย อำนาจดังกล่าวส่วนใหญ่จะถูกบัญญัติไว้โดยกฎหมายทั้งที่เป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร และในบางกรณีอำนาจนั้นอาจเป็นของฝ่ายปกครองรายเดียวหรืออาจเป็นอำนาจร่วมกันของฝ่ายปกครองหลายฝ่ายก็ได้

(2.1) อำนาจขององค์กรเอกเทศ

ในกรณีที่สัญญาถูกทำขึ้นโดยรัฐ ผู้มีอำนาจในการลงนามในสัญญาจะเป็นบุคคลเพียงคนเดียว แต่ผู้ที่มีอำนาจในการลงนามในสัญญาแทนรัฐนี้อาจมีได้หลายคน เช่น อาจเป็นรัฐมนตรีหรืออาจเป็นผู้ว่าราชการจังหวัด (prefet) ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐกฤษฎีกากลางวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1982 ที่กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการลงนามในสัญญาแทนรัฐ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีหรือของข้าราชการส่วนกลางตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตาม ผู้ที่มีอำนาจในการลงนามในสัญญาแทนรัฐ ผู้นั้นสามารถลงนามได้เพียงคนเดียว

นอกเหนือจากรัฐแล้ว กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิสาหกิจมหาชนในบางครั้งก็มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารซึ่งผู้อำนวยการวิสาหกิจมหาชนแต่ผู้เดียวที่จะเป็นผู้ลงนามในสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม มีหลายกรณีที่กฎหมายเกี่ยวกับวิสาหกิจมหาชนกำหนดให้คณะกรรมการบริหารต้องอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในเรื่องที่จะทำสัญญาก่อน ฝ่ายบริหารจึงจะสามารถลงนามในสัญญาได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจร่วมกันไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจโดยฝ่ายปกครองรายเดียว⁴

⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 358 – 361.

สำหรับแนวคิดเรื่องการมอบอำนาจตามหลักกฎหมายมหาชนนั้น (la compétence) แม้ว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการมอบอำนาจจะอยู่นอกเหนือจากสัญญา แต่ตามหลักกฎหมายมหาชนในเรื่องการทำสัญญาถือว่าข้อผูกพันหรือข้อตกลงใดๆ ที่ลงนามโดยหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจนั้นไม่มีสถานะเป็นสัญญาหรือไม่มีคุณค่าในเชิงสัญญา ซึ่งการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะส่งผลทำให้สัญญาทางปกครองมีผลเป็นโมฆะ และอาจทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในกรณีทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

อาจสรุปได้ว่าข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องอำนาจในการทำสัญญา คือ ฝ่ายปกครองที่ทำสัญญาต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ได้แก่ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์กรมหาชน และสัญญาที่จะต้องทำต้องเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของนิติบุคคลนั้น หากไปทำสัญญาในเรื่องที่นอกเหนืออำนาจ สัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ และในกรณีที่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นไปทำสัญญาที่อยู่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ของตน สัญญาที่ทำขึ้นก็ตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ รวมถึงคำสั่งที่ให้ลงนามในสัญญาและมติสภาเทศบาลที่อนุมัติให้ทำสัญญาก็จะมีผลเป็นโมฆะไปด้วย เช่น สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่ามติสภาเทศบาลที่อนุมัติเงินอุดหนุนหรือเงินช่วยเหลือเพื่อซื้อรถจักรยานและเวชภัณฑ์แก่ชาวสเปนนั้นเป็นโมฆะ เนื่องจากกิจการดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาลและไม่เป็นประโยชน์ต่อเทศบาล แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการนอกเหนืออำนาจนั้นเป็นกรณีที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก เมื่อเทียบกับกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการเกินอำนาจ⁵

สำหรับกรณีที่มีการทำสัญญาแทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะต้องเป็นบุคคลผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลนั้น หากสัญญาใดลงนามโดยผู้ไม่มีอำนาจก็ถือว่าเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า สัญญาที่เทศบาลเมือง Paris ทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจไม่มีผลผูกพันรัฐ⁶ ผลของคำพิพากษาดังกล่าวทำให้สัญญาที่ลงนามโดยฝ่ายปกครองผู้ไม่มีอำนาจไม่มีผลเป็นสัญญาและก่อให้เกิดผลตามมา คือ ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่ทำโดยปราศจากอำนาจ

⁵ P. Dominique , *La nullité des contrats administratifs*, (L.G.D.J 1991), pp. 31 – 40.

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 กรณี Cibille. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ , *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2550) , น. 357.

ส่วนอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญานั้นจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าสัญญานั้นจัดทำโดยนิติบุคคลประเภทใด เช่น สัญญาของรัฐ (Contrats de l'Etat) ก็จะมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องอำนาจในการทำสัญญาที่ใกล้เคียงกับหลักเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้กับนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยทั่วไปแล้วสัญญาของรัฐนั้นก็จะลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้น หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้ลงนาม ซึ่งการมอบอำนาจให้ลงนามแทนรัฐหรือการลงนามแทนรัฐเป็นสิ่งทำได้ในระบบกฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งหมดก็จะต้องเป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดรวมทั้งต้องเป็นการมอบอำนาจตามกฎหมายด้วย สัญญาที่ลงนามโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับการมอบอำนาจโดยไม่ถูกต้องก็จะถือเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน⁷

กรณีของรัฐโดยกระทรวงต่างๆ ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเข้าทำสัญญาอำนาจของรัฐมนตรีในการลงนามในสัญญาของรัฐ (Contrats de l'Etat) นั้น มีที่มาตามมาตรา 14 - 2 ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1806 ว่าด้วยการจัดองค์กรและอำนาจของสภาแห่งรัฐ ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยมาตราดังกล่าวได้กำหนดว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทหรือคดีที่มีคำขอเกี่ยวกับการทำสัญญาพัสดุกับรัฐมนตรี ซึ่งหลักการดังกล่าวต่อมาก็ได้รับการยืนยันไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น มาตราแรกแห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1942 และมาตราแรกแห่งรัฐกฤษฎีกา หมายเลข 56 - 256 ลงวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1956 บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการลงนามในสัญญาของรัฐมนตรีว่าอาจมีการมอบอำนาจให้ลงนามในสัญญาได้ (déléguer sa signature) ซึ่งความถูกต้องของคำสั่งหรือการมอบอำนาจดังที่กล่าวแล้วว่าจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ⁸ ดังนั้น การมอบอำนาจจึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน⁹

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 1963 กรณี Compagnie générale des pétroles français และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 กรณี Min.Fin. et des Aff. Econ. อ้างใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์ , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 361.

⁸ P. Dominique, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, pp. 42 – 44.

⁹ CE, 2 décembre 1892, Mogambury ; CE, 3 août 1922, Javignot, CE 7 mai 1926, Chatron ; CE, 19 mai 1954, Givone

(2.2) อำนาจร่วมกันของฝ่ายปกครอง

อำนาจร่วมกันของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่า การทำสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากนิติบุคคลมหาชนหลายแห่ง เช่น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการปรึกษาหารือกับหน่วยงานบางหน่วยงานก่อนการทำสัญญา หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจ ซึ่งทั้งรัฐธรรมนูญ กฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจและกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้กำหนดให้มีการแบ่งอำนาจกันระหว่างองค์กรฝ่ายบริหาร เช่น นายกเทศมนตรีกับองค์กรฝ่ายสภา เป็นต้น โดยหลักสำคัญก็คือก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาโดยฝ่ายบริหาร สัญญานั้นจะต้องผ่านความเห็นชอบจากองค์กรฝ่ายสภาก่อน ฉะนั้น การที่ฝ่ายบริหารลงนามในสัญญาโดยปราศจากมติของฝ่ายสภา จึงถือเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารทำโดยปราศจากอำนาจ การลงนามภายหลังจากที่องค์กรฝ่ายสภามีมติเป็นเรื่องที่ถูกต้อง เพราะมติขององค์กรฝ่ายสภาที่ทำให้ทำสัญญาก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมาย นอกจากนั้นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1992 ยังได้กำหนดให้มีการแจ้งมติขององค์กรฝ่ายสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปยังตัวแทนของรัฐประจำจังหวัด ซึ่งก็คือผู้ว่าราชการจังหวัดนั่นเอง กรณีดังกล่าวมีปัญหาเกิดขึ้นว่าฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถลงนามในสัญญาก่อนที่จะแจ้งมติขององค์กรฝ่ายสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปยังตัวแทนของรัฐประจำจังหวัดได้หรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า ถ้ามติที่อนุมัติให้นายกเทศมนตรีลงนามในสัญญายังมิได้ส่งไปยังตัวแทนของรัฐประจำจังหวัดในวันที่มีการลงนามในสัญญา ถือว่านายกเทศมนตรีไม่มีอำนาจลงนาม ส่วนการมอบอำนาจให้ลงนามในสัญญาอย่างถาวรระหว่างองค์กรฝ่ายสภาและองค์กรฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถทำได้หากมีกฎหมายกำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2122-22-4¹⁰ แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่น กำหนดให้สภาเทศบาลสามารถมอบอำนาจ "อย่างถาวร" ในการทำสัญญาบางประเภทให้แก่นายกเทศมนตรีได้ เช่น สัญญาเช่าทรัพย์สินไม่ถึง 12 ปี สัญญาประกัน รวมทั้งสัญญาอื่นๆ ที่ต้องมีการเจาะจงเรื่องจำนวนเงิน หากมีการกำหนดเรื่องเงินเอาไว้ในงบประมาณของเทศบาลแล้ว กรณีต่างๆ เหล่านี้นายกเทศมนตรีสามารถตัดสินใจและลงนามในสัญญาได้โดยไม่ต้องให้สภาเทศบาลมีมติก่อน เนื่องจากได้มอบอำนาจอย่างถาวรแล้ว ส่วนสภาจังหวัดก็เช่นเดียวกันหากมีกฎหมายกำหนดไว้ก็สามารถกระทำได้¹⁰

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1988 กรณี S.C.I. Paule. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 361 – 362.

2) ความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองจะต้องมีความสามารถและคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งก็คือต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับเรื่องสถานะของบุคคล หรือเรื่องอื่นๆ เช่น เรื่องการมอบอำนาจซึ่งเป็นประเด็นปัญหาอยู่ตลอดเวลา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของกลุ่มธุรกิจที่เกิดจากการที่เอกชนร่วมกันตั้งกลุ่มขึ้นมาประกอบธุรกิจ หากกลุ่มธุรกิจเหล่านี้เข้ามาทำสัญญาทางปกครองแล้วเกิดปัญหาขึ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มธุรกิจ เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ศาลปกครองก็จะส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา เพราะเรื่องการมอบอำนาจกันเองในระหว่างเอกชนเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรมที่จะพิจารณา แม้เรื่องดังกล่าวจะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองก็ตาม¹¹

2.1.1.2 ความบกพร่องในการแสดงเจตนา

การแสดงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาย่อมก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญา หากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีข้อบกพร่องก็จะมีผลต่อสัญญาด้วย ในระบบกฎหมายมหาชนมีทฤษฎีสำคัญทฤษฎีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสัญญา คือ ทฤษฎีว่าด้วยข้อบกพร่องของการให้ความยินยอม (les vices du consentement) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนา ทฤษฎีดังกล่าวมีความสำคัญเป็นลำดับรองในระบบกฎหมายปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากในระบบกฎหมายปกครองนั้นความสำคัญลำดับแรกของการทำสัญญาทางปกครองอยู่ที่อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องนิติกรรมทางปกครอง ทฤษฎีดังกล่าวแม้จะเป็นทฤษฎีในระบบกฎหมายเอกชน แต่ก็ได้รับการยอมรับนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายมหาชนดังเช่น

(1) การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ไม่ว่าจะสำคัญผิดในตัวบุคคลหรือในวัตถุ หากความสำคัญผิดดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของสัญญา ถือว่าการสำคัญผิดดังกล่าวทำให้สัญญาเป็นโมฆะ

(2) การแสดงเจตนาโดยกลฉ้อฉล มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งในกรณีของสัญญาทางปกครอง ถ้าเกิดจากกลฉ้อฉลที่ถึงขนาด (ถ้าไม่มีการฉ้อฉลนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายก็จะไม่ทำสัญญาด้วยเลย) ก็จะมีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะ¹²

¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 363.

¹² CE, 14 décembre 1923, Grands Moulins de Corbeil

(3) การแสดงเจตนาโดยการข่มขู่ ก็เช่นเดียวกันมีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ซึ่งหากมีลักษณะรุนแรงถึงขนาด ในระบบกฎหมายปกครองนั้น กรณีที่ฝ่ายปกครองข่มขู่ แม้ว่าจะเป็นสิ่งที่กระทำได้ตามกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือว่าเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ

นอกเหนือจากทฤษฎีว่าด้วยข้อบกพร่องของการให้ความยินยอมแล้ว ความไม่ลำเอียง (impartialité) ยังเป็นอีกส่วนหนึ่งที่กฎหมายหลายฉบับได้กำหนดไว้ และทำให้เรื่องดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนสำคัญในการคุ้มครองในการให้ความยินยอมของคู่สัญญาในการทำสัญญา โดยที่ความไม่ลำเอียงเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 แห่งกฎหมายลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1991 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความโปร่งใสและความชอบธรรมในการทำสัญญา¹³ ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีบทบัญญัติที่จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อดูแลปัญหาเกี่ยวกับความชอบธรรมและความไม่ลำเอียงที่อาจเกิดขึ้นในการทำสัญญาพัสดุหรือทำสัญญามอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะประเภทต่างๆ แต่อย่างไรก็ตาม ความไม่ลำเอียงมิได้เกี่ยวข้องกับเฉพาะการทำสัญญาทั้งสองประเภทนี้เท่านั้น ในทุกสัญญาผู้มีอำนาจลงนามจะต้องเลือกคู่สัญญาที่ให้ผลตอบแทนที่เหมาะสมกับสิ่งที่เป็นประโยชน์สาธารณะมิใช่ประโยชน์ส่วนตัว หลักดังกล่าวนี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายอาญาและกฎหมายเลือกตั้ง กล่าวคือ ในมาตรา 432 - 12 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้มีอำนาจในฝ่ายปกครองหรือผู้มาจากการเลือกตั้งในการรับหรือมีส่วนเกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ส่วนตัวในการทำสัญญา ส่วนกฎหมายเลือกตั้งก็ได้กำหนดไว้ในมาตรา L.207 และ L.343 ห้ามสมาชิกสภาจังหวัดและสมาชิกสภาภาคเป็นผู้รับเหมางานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ตนสังกัดอยู่ เป็นต้น¹⁴

2.1.1.3 ความไม่ถูกต้องของแบบสัญญา

โดยหลักแล้วสัญญาทางปกครองจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในบางกรณีอาจจะกระทำด้วยวาจา หรือมีการทำสัญญาโดยปริยายก็ได้¹⁵ โดยหลักแล้วการแสดงเจตนาของนิติบุคคลมหาชนในการเข้าทำสัญญาต้องแสดงอย่างชัดแจ้ง แต่สภาแห่งรัฐก็ยอมรับกรณีที่ว่า

¹³ La loi a du 3 Janvier 1991 relative à la régularité des procédures de marchés. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 364. (เชิงอรรถที่ 147)

¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 364.

¹⁵ CE, 4 avril 1952, Ste navale des pétroles

แม้ว่าการแสดงออกถึงความต้องการของคู่กรณีจะไม่มีรูปแบบที่ชัดเจน แต่อาจพิจารณาจากพฤติการณ์และการกระทำของคู่สัญญาได้ ดังนั้น การทำสัญญาเป็นหนังสือไม่ได้แสดงถึงความสมบูรณ์ของสัญญาเสมอไป การแลกเปลี่ยนเจตนาหรือข้อเสนอแนะและตามมาด้วยการยอมรับหรือตกลงใจนั้นอาจถือว่าเป็นสัญญาได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเนื้อหาของเจตนาที่แลกเปลี่ยนกันนั้นได้แสดงอย่างชัดแจ้งถึงความต้องการของคู่สัญญาหรือไม่ หากแสดงความต้องการอย่างชัดแจ้งก็ทำให้เกิดความสัมพันธ์หรือข้อผูกพันทางสัญญาขึ้นได้ แต่หากเกิดความผิดพลาดจากความไม่แน่นอนของความต้องการของคู่สัญญาดังกล่าว ศาลอาจจะปฏิเสธหรือไม่ยอมรับว่ามีข้อผูกพันทางสัญญาได้¹⁶

โดยทั่วไประบบกฎหมายของฝรั่งเศสมีการกำหนดแบบของสัญญาไว้ เช่น ในมาตรา 250 และมาตรา 39 ตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส กำหนดว่า การพัสดุดังกล่าวนั้นให้ทำเป็นหนังสือ (contrats écrits) โดยมีบันทึกเงื่อนไขต่อทำสัญญา (cahiers des charges) เสมอ เว้นแต่สัญญาที่วงเงินไม่เกินสามแสนฟรังก์¹⁷ ไม่ต้องทำเป็นหนังสือก็ได้ เพียงแต่อาศัยใบสั่งซื้อหรือใบเสร็จรับเงินแทน นอกจากนี้ ในบางกรณีถือเป็นข้อยกเว้นที่สัญญาทางปกครองอาจทำด้วยวาจาได้ กรณีดังกล่าวสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ว่า การสั่งซื้อด้วยวาจาซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เกี่ยวกับพัสดุดังกล่าวของหน่วยงานส่วนท้องถิ่นถือว่าเป็นโมฆะ และไม่ทำให้เกิดข้อผูกพันทางสัญญาใดเกิดขึ้น แต่ในบางกรณีสภาแห่งรัฐก็ยอมรับความสมบูรณ์ของการซื้อพัสดุดังกล่าวแต่อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ความเป็นโมฆะซึ่งเกิดจากความไม่ถูกต้องของรูปแบบของสัญญาเกิดขึ้นน้อยมาก¹⁸

2.1.1.4 ความไม่ถูกต้องของกระบวนการทำสัญญา

ความไม่ถูกต้องของกระบวนการทำสัญญาอาจเกิดขึ้นในหลายกรณีด้วยกัน เนื่องจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาค่อนข้างเคร่งครัด ซึ่งสัญญาของฝ่ายปกครองทุกประเภทก็อาศัยหลักเกณฑ์เดียวกัน ความไม่ถูกต้องของกระบวนการทำสัญญาอาจเกิดจากความผิดพลาดในกระบวนการให้คำปรึกษาซึ่งจะเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาบางประเภทเท่านั้น¹⁹ แต่อย่างไรก็ตาม คำปรึกษาของหน่วยงานหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ

¹⁶ P. Dominique, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, pp. 67 – 75.

¹⁷ CE, 1 octobre 1969, Ste des établissements Privés

¹⁸ CE, 25 octobre 1911, Barthelemy

¹⁹ P. Dominique, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, pp. 75 – 76.

ความเห็นต่างๆ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกระบวนการเตรียมการเพื่อทำสัญญาเท่านั้น ไม่สามารถนำมาฟ้องโต้แย้งได้²⁰ วัตถุประสงค์ของการให้คำปรึกษาก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์สูงสุด และเกิดความชัดเจนในทางเลือก เช่น ในการทำสัญญาสัมปทานตามมาตรา 7 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1906 กำหนดว่า เมื่อสัญญาสัมปทานงานสาธารณะด้านพลังงานเป็นอำนาจของรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงทำโดยรัฐมนตรีที่รับผิดชอบด้านงานโยธาสาธารณะ และต้องทำภายหลังจากมีความเห็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหากเป็นกรณีที่สัมปทานได้ขยายเขตไปยังเทศบาลของหลายจังหวัด แต่ถึงอย่างไรความผิดพลาดจากกระบวนการให้คำปรึกษาก่อนที่จะทำสัญญาทางปกครองนั้นเกิดเป็นคดีพิพาทค่อนข้างน้อย เนื่องจากนิติบุคคลมหาชนเคารพเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบ ดังนั้น การละเว้นที่จะขอคำปรึกษาตามที่กำหนดไว้ นั้นเป็นเพียงกรณีมีข้อยกเว้นเท่านั้น

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองไม่ได้มีอิสระในการเลือกคู่สัญญา ดังเช่นเอกชนทั่วไป แต่ฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดบางประการ²¹ เช่น การทำสัญญาพัสดุที่ต้องดำเนินการโดยวิธีประกวดราคา (L'adjudication publique) หรือการใช้วิธีพิเศษ (L'appel d'offre) หรือการใช้วิธีตกลงราคา หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น ผู้เข้าร่วมประกวดราคาอาจฟ้องขอให้เพิกถอนกระบวนการดังกล่าวได้ และหากปรากฏว่ากระบวนการประกวดราคาไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจส่งผลให้สัญญาที่มีผลเป็นโมฆะได้²² สำหรับบทบาทของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น คือ ศาลจะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองใช้วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาเหมาะสมกับสภาพหรือลักษณะของสัญญาที่ทำหรือไม่²³ ซึ่งหากศาลเห็นว่าไม่เหมาะสมประกอบกับเป็นกรณีจำเป็น ศาลก็จะวินิจฉัยว่าสัญญามีผลเป็นโมฆะ²⁴

ในกระบวนการทำสัญญานั้นอาจมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาหรือหลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบ การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา เช่น หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาพัสดุ (Libre accès aux marchés publics) กฎเกณฑ์ว่าด้วยการพัสดุดีอื่นๆ

²⁰ CE, 5 avril 1957, Cne des Abymes

²¹ CE, 30 mars 1906, Balland

²² CE, 15 juillet 1959, Vauzelle ; CE, 2 décembre 1942, Bongrand et Dupin ; CE, 7 juillet 1982, Cne de Guidel. C.Mme Courtet

²³ CE, 16 février 1850, Mangane ; CE, 7 juillet 1967, O.P.H.L.M.

²⁴ CE, 29 janvier 1982, Martin ; CE, 8 décembre 1984, Sté Losfled, Industrie

ส่วนการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบ เช่น กรณีการประกวดราคาที่ไม่ได้มีการประกาศโฆษณาให้กับบุคคลอื่นทราบ²⁵ อีกทั้งฝ่ายปกครองไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขอื่นที่ทำให้การประกาศประกวดราคาไม่เหมาะสม²⁶ ส่วนการคัดเลือกคู่สัญญาโดยวิธีพิเศษก็เช่นเดียวกันจะต้องมีการประกาศให้กับบุคคลทั่วไปทราบเพื่อสามารถยื่นซองเสนอราคาได้ โดยวิธีการดังกล่าวถือว่าเป็นรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ หากมีการฝ่าฝืนก็จะส่งผลให้การคัดเลือกคู่สัญญาโดยวิธีพิเศษนั้นต้องถูกยกเลิก รวมถึงหากมีการทำสัญญากันแล้วก็ต้องยกเลิกสัญญาด้วย²⁷ นอกจากนี้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายในเรื่องของระยะเวลาการประกาศโฆษณาด้วย ซึ่งศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบ²⁸ ในกรณีที่ไม่ได้ดำเนินการประกวดราคาภายในระยะเวลาที่เหมาะสมจะต้องดำเนินการประกาศโฆษณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง²⁹ ส่วนกฎเกณฑ์ทางด้านรูปแบบด้านอื่นๆ นั้น จะมีความสำคัญในระดับรองๆ และไม่ทำให้การคัดเลือกคู่สัญญาโดยวิธีประกวดราคามีผลโงะแต่อย่างใด³⁰

2.1.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

สัญญาทางปกครองส่วนใหญ่เป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงร่วมกันซึ่งฝ่ายปกครองอาจกำหนดเนื้อหาหลักๆ ของสัญญาเอาไว้ไม่มากก็น้อย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดวิธีการในการจัดทำสัญญาและข้อความในสัญญาที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา นอกจากเจตนาของคู่สัญญาที่เป็นส่วนสำคัญของสัญญาทางปกครองแล้ว กฎหมายทั้งระดับที่เป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายระดับที่เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารก็มีส่วนสำคัญในการบัญญัติถึงข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องจัดทำสัญญาแต่ละประเภทตามที่กฎหมายได้บัญญัติขั้นตอนและเนื้อหาสาระเอาไว้ คู่สัญญาเองก็มีสิทธิที่จะ

²⁵ CE, 6 avril 1935, Marchesini

²⁶ CE, 26 mars 1931, Helbing

²⁷ CE, 7 juillet 1982, Cne de Guidel c.Mme Courtet

²⁸ CE, 23 mai 1919, Fournier ; CE, 7 avril 1922, Imprimerie commerciale (ระยะเวลาในการประกาศโฆษณาถือว่าเป็นเงื่อนไขพิเศษของความสมบูรณ์ของวิธีประกวดราคา)

²⁹ CE, 10 janvier 1930, Le Cordonner et Petton

³⁰ CE, 12 décembre 1971, V. de Cayenne

กำหนดข้อความต่างๆ ไว้ในสัญญาได้หากไม่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดที่บังคับว่าต้องมีในสัญญาหรือข้อกำหนดที่ห้ามมีในสัญญา³¹

ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้บัญญัติถึงองค์ประกอบสองประการที่ทำให้สัญญาที่มีผลสมบูรณ์ ซึ่งอาจนำหลักดังกล่าวมาพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครองได้ อันได้แก่ ประการแรก วัตถุประสงค์ของสัญญาที่กำหนดแน่นอนจนก่อให้เกิดความผูกพัน³² และข้อกำหนดของสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา³³ โดยที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ สิ่งที่ถูกนี้ต้องชำระหรือต้องปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ สำหรับข้อกำหนดในสัญญาโดยหลักแล้วจะเป็นเรื่องของข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา ในทางกฎหมายมหาชนได้นำหลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือข้อสัญญาที่กำหนดถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญามาพิจารณา โดยพิจารณาว่าหากสัญญามีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยจะตกเป็นโมฆะ และหากข้อกำหนดหรือข้อสัญญาในสัญญาบางข้อขัดต่อข้อกำหนดว่าด้วยความสงบเรียบร้อย ข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยเท่านั้นที่มีผลเป็นโมฆะ แต่สัญญาทั้งฉบับจะมีได้มีผลตกเป็นโมฆะเสมอไป เนื่องจากสัญญาส่วนที่เหลือยังคงมีผลบังคับต่อไป กรณีดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับนิติกรรมฝ่ายเดียว (un acte unilatéral) ที่อาจถูกเพิกถอนเพียงบางส่วนได้

³¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 364 – 367.

³² มาตรา 1108 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง มีสาระสำคัญว่า การกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญาไว้แน่นอนนั้นจะทำให้เกิดความผูกพันขึ้น

(Art. 1108 Four requisites are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself; His capacity to contract; A definite object which forms the subject-matter of the undertaking; A lawful cause in the obligation.)

³³ มาตรา 1131 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง มีสาระสำคัญว่า สิทธิและหน้าที่ที่ไม่ได้กำหนดไว้ตามข้อกำหนดในสัญญา หรือผิดไปจากข้อกำหนดในสัญญา หรือเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีผลใดๆ ทั้งสิ้น

(Art. 1131 An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect.)

2.1.2.1 ข้อกำหนดที่บังคับว่าต้องมีในสัญญา

เพื่อให้สัญญาที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย สัญญาอย่างน้อยจะต้องประกอบด้วย ขั้นตอนในการทำสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาาร่วมกันของคู่สัญญา โดยบังคับให้มีการกล่าวถึง บางเรื่องทีแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการทำสัญญา นอกจากนี้แล้วในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนด ไว้อย่างเจาะจงว่าจะต้องมีข้อกำหนดประเภทใดบ้างในสัญญา

1) ข้อกำหนดที่แสดงถึงความมีอยู่ของสัญญา

เอกสารฉบับหนึ่งซึ่งไม่กำหนดวัตถุประสงค์ ไม่กำหนดระยะเวลา ไม่มีเงื่อนไขกำหนด ค่าตอบแทนในการทำงาน ไม่อาจถือว่าเป็นสัญญาได้ แม้เอกสารดังกล่าวจะมีนิติบุคคลมหาชน ลงนามในเอกสารนั้น ก็ไม่ทำให้เอกสารนั้นกลายเป็นสัญญาและไม่ผูกพันกับผู้ลงนามในเอกสารด้วย เนื่องจากเอกสารดังกล่าวไม่ใช่สัญญา³⁴ จากหลักดังกล่าวที่ศาลปกครองได้วางไว้จึงพออนุมานได้ ว่าสัญญาจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่แน่ชัดและเฉพาะเจาะจงรวมทั้งจะต้องมีระยะเวลาที่กำหนดไว้ แน่นนอนด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ หากเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องค่าตอบแทนหรือค่าบริการ ก็จะต้องกำหนดเรื่องเงินดังกล่าวมาแล้วไว้ด้วยเช่นกัน สิ่งต่างๆ เหล่านี้ถือเป็นข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของสัญญา³⁵

การกำหนดวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไว้อย่างชัดเจนในสัญญาทางปกครองนั้น ในความเป็นจริงแล้ว ไม่ได้เป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญา แต่เป็นเรื่องของการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้ เช่น ถ้าฝ่ายปกครองเห็นว่าเพื่อเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมแล้ว ฝ่ายปกครองอาจแก้ไขข้อกำหนด ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องปฏิบัติตามก็ได้ ซึ่งอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น จะไม่รวมถึงการ แก้ไขวัตถุประสงค์แห่งสัญญา³⁶ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องกำหนดตั้งแต่แรก ดังนั้น จึงไม่อาจถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ในระหว่างที่เกิดสัญญาขึ้นแล้ว ตัวอย่างเช่น การกำหนดถึงการชำระราคา³⁷ ซึ่งเป็น สิ่งที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน ในกรณีของสัญญาพัสดุนั้น ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ บัญญัติว่า ต้องมีการกำหนดราคาและเงื่อนไขต่างๆ ไว้ในเอกสารด้วย เมื่อราคาเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1980 กรณี Société Cabinet 2000 อังเอน นันท์วัฒน์ บรมานันท์ , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 365.

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Versailles ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1994 กรณี Préfet de l'Essonne อังเอน นันท์วัฒน์ บรมานันท์ , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 365.

³⁶ CE, 1 juillet 1914, Monin ; CE, 25 fevrier 1925, Dolfini

³⁷ P. Dominique, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*, pp. 151 – 153.

การกำหนดราคาก็ถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ทำให้เกิดความผูกพันตามสัญญา ตัวอย่างคำพิพากษาที่นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ เช่น คดี Loof สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า “ราคาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญา”³⁸ และในคดี Sté Cabinet 2000 สภาแห่งรัฐก็วินิจฉัยไว้เช่นเดียวกันว่า “การกำหนดราคาเป็นองค์ประกอบที่ทำให้เกิดสัญญา หากไม่มีการกำหนดไว้คู่สัญญาจะไม่มี ความผูกพันกันตามสัญญา”³⁹ แต่สภาแห่งรัฐก็ยังไม่เคยวินิจฉัยให้ยกเลิกสัญญาใดในกรณีที่สัญญานั้นไม่ได้กำหนดราคาค่าบริการไว้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองบางประเภทไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือทำตามรูปแบบ แต่อาจทำด้วยวาจาได้ ซึ่งหากมีการกำหนดราคาด้วยวาจาก็จะสร้างความยุ่งยากแก่ศาลในการพิสูจน์หรือยอมรับถึงความสมบูรณ์ของสัญญา อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการกำหนดราคาเป็นองค์ประกอบสำคัญของการก่อให้เกิดสัญญา

วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งมีลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของสัญญาอาจเป็นสิ่งที่กำหนดในอนาคตได้ ในทางกฎหมายแพ่งนั้น หากวัตถุประสงค์ของสัญญาบกพร่องหรือไม่ถูกต้อง (défaut) จะถือว่าไม่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาอยู่เลย เช่น เมื่อไม่มีสิ่งของที่ขายแก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อก็ไม่ต้องชำระราคา เนื่องจากไม่มีข้อผูกพันที่ต้องปฏิบัติต่อกัน⁴⁰ ลักษณะดังกล่าวก็ปรากฏในทางกฎหมายปกครองเช่นเดียวกัน แม้ว่าสัญญาจะไม่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาจะไม่ส่งผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะ แต่กรณีดังกล่าวอาจทำให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้⁴¹ (la résiliation du contrat)

ส่วนกรณีที่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า วัตถุประสงค์ของสัญญานั้น อยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้หรือไม่ ซึ่งในทางกฎหมายปกครองก็เช่นเดียวกับกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องมีอยู่และไม่เป็นการพ้นวิสัย กรณีที่วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการพ้นวิสัย (l'impossibilité de l'objet) นั้น จะทำให้สัญญาเป็นโมฆะก็ต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการพ้นวิสัยอย่างเด็ดขาด ซึ่งหมายถึงกรณีไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดที่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาได้เลย

³⁸ CE, 20 mars 1936, Loof

³⁹ CE, 28 mars 1980, Sté « Cabinet 2000 »

⁴⁰ Cass.civ 1, 12 février 1975, J.C.P.

⁴¹ CE, 8 octobre 1958, Chemin de fer du Vard et du Gard ; CE, 23 janvier 1959, Cne d'Huez

2) ข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมี

เพื่อที่จะปกป้องประโยชน์ของนิติบุคคลจากข้อผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นจากการทำสัญญา กฎหมายจึงได้ให้กำหนดข้อกำหนดบางประการที่จะต้องใส่ไว้ในสัญญาบางประเภท ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายท้องถิ่นได้บัญญัติไว้ในหลายมาตราเกี่ยวกับการทำสัญญา บางประเภทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขอย่างไรไว้ในสัญญาบ้าง ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 1523-2 ของกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (S.E.M.L)⁴² ได้กำหนดให้สัญญาต้องมีข้อความเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา ข้อผูกพันของคู่สัญญา รูปแบบของประโยชน์ตอบแทน การซื้อคืน การเพิกถอนสัญญาค่าปรับในกรณีที่เป็นความผิดของฝ่ายบริษัทร่วมทุน เป็นต้น ส่วนในมาตรา 1523-3 ก็ได้บัญญัติถึงข้อกำหนดที่ต้องใส่ไว้ในสัญญาเกี่ยวกับอำนาจของนิติบุคคลมหาชนในการควบคุมให้มีการดำเนินการตามสัญญา นอกจากนี้แล้ว ถ้าหากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทาน มาตรา 1523-4 ของกฎหมายดังกล่าวก็ได้บัญญัติถึงเรื่องข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับค่าทดแทนความเสียหายแก่ผู้รับสัมปทานกรณีเลิกสัญญา เป็นต้น⁴³

3) ข้อกำหนดซึ่งเป็นผลมาจากเอกสารแนบท้ายสัญญา

ในระบบสัญญาทางปกครองมีเอกสารประเภทหนึ่งเรียกว่า เอกสารแนบท้ายสัญญา (cahier des charges) เอกสารแนบท้ายสัญญานี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และเป็นเอกสารที่ระบุถึงเงื่อนไขหรือรายละเอียดต่างๆ เช่น เรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา หรืออาจมีการระบุเรื่องอื่นๆ ที่มีได้อยู่ในสัญญาด้วยก็ได้ เอกสารแนบท้ายสัญญาจะพบบ่อยในสัญญาสัมปทานและสัญญาพัสดุ ส่วนเอกสารแนบท้ายสัญญาแบบ (cahier des charges types) เป็นเอกสารประเภทหนึ่งที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำสัญญากับรัฐหรือกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁴⁴

⁴² บริษัทร่วมทุนท้องถิ่น (S.E.M.L) เป็นกิจการร่วมทุนระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับเอกชน จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมที่กำหนดไว้แน่ชัดในวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง, อังโน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 365.

⁴³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 365 – 366.

⁴⁴ รัฐธรรมนูญีกา ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1952 เกี่ยวกับเรื่องการทำสัมปทานก๊าซ, อังโน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 366.

ข้อกำหนดที่ปรากฏอยู่ในเอกสารแนบท้ายสัญญาในทางทฤษฎีแล้วถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง และในบางกรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายปกครองและเป็นกรวางเกณฑ์ต่างๆ ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม อาจถือว่าเป็นเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (actes réglementaires) ที่อาจนำไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองได้ในกรณีที่เกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ (recours pour excès de pouvoir)⁴⁵

2.1.2.2 ข้อกำหนดที่ห้ามมิในสัญญา

ข้อกำหนดที่ห้ามมิในสัญญามีได้หลายลักษณะ ดังนี้

1) การห้ามข้อกำหนดบางประเภท

มีกฎหมายจำนวนมากที่ห้ามเขียนข้อกำหนดบางประเภทไว้ในสัญญาทางปกครอง เช่น รัฐกำหนด ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1959 ได้บัญญัติห้ามการทำตารางเปรียบเทียบเงินเดือนขั้นต่ำราคาทรัพย์สินไว้ในสัญญาทางปกครอง หรือประมวลกฎหมายท้องถิ่นมาตรา L 1411-2 วรรค 4 ห้ามสัญญาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าบริการหรือการจ่ายเงินที่อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น ในขณะที่มาตรา L 2222-2 และ L 3241-3 แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่นได้บัญญัติห้ามสัญญาพัสดุมิข้อกำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ (affermage) ด้วยเงินของรัฐ เป็นต้น

2) การห้ามทำสัญญาบางประเภท

ในบางกรณีกฎหมายห้ามทำสัญญากับบุคคลบางประเภท เช่น ในมาตรา L 300-4 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง (Code de l'urbanisme) กำหนดให้สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการผังเมืองสามารถทำได้เฉพาะกับบริษัทร่วมทุนหรือวิสาหกิจมหาชนเท่านั้น หากสัญญาดังกล่าวทำกับเอกชนก็จะเป็นโมฆะ⁴⁶ กรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามไว้ เช่น ตามมาตรา 2060 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ห้ามมิให้มีการตกลงยอมความกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 กรณี Ville de Lyon และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1982 กรณี Conseil national de l'Ordre des architectes อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 366.

⁴⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 366 – 367.

องค์กรฝ่ายปกครอง และในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (แต่ตามมาตรา 69 ของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1906 อนุญาตให้รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้วิธีการอนุญาตตุลาการได้สำหรับกรณีการชำระบัญชีของสัญญาพัสดุ ทั้งนี้ โดยการตราเป็น รัฐกฤษฎีกาหรือโดยการรับรองของรัฐมนตรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัด (ในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) หรือตามมาตรา 1649 ของประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยภาษีอากร ซึ่งบัญญัติมิให้ทำสัญญาหรือข้อตกลงที่เป็นการยกเว้นภาษี เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และได้รับอนุญาตจากรัฐสภาเสียก่อน เป็นต้น⁴⁷

3) การห้ามโดยสภาพ

ซึ่งเป็นหลักการตามกฎหมายแพ่งที่นำมาใช้คือ ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ นอกจากนี้ ในสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษที่เพิ่มเติม ได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอำนาจสาธารณะบางอย่างไม่อาจเป็นวัตถุของสัญญาได้ เช่น กิจกรรมรักษาความสงบเรียบร้อย (ตำรวจ) กิจกรรมเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น⁴⁸

2.1.2.3 ข้อกำหนดที่ขัดต่อข้อกำหนดว่าด้วยความสงบเรียบร้อย

มีกฎหมายบัญญัติไว้ในหลายกรณีถึงการห้ามมิให้ระบุข้อกำหนดบางประเภทไว้ในสัญญาทางปกครองเนื่องจากมีลักษณะที่เป็นข้อกำหนดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (ordre public) สำหรับความไม่สอดคล้องกันของสัญญากับข้อกำหนดว่าด้วยความสงบเรียบร้อยนั้นเกี่ยวข้องกับความไม่ถูกต้อง (Irrégularité) ในหลายรูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ วัตถุแห่งหนี้ (L'objet de l'obligation) วัตถุแห่งสัญญา (L'objet du contrat) และเหตุแห่งหนี้ (La cause des obligations) ก็อาจจะขัดต่อข้อกำหนดว่าด้วยความสงบเรียบร้อยได้เช่นเดียวกัน เมื่อพิจารณาถึงหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยในสัญญาทางปกครองนั้น เป็นการยากที่จะแยกความแตกต่างของหลักดังกล่าวออกจากหลักกฎหมายแพ่ง โดยอาจมีลักษณะที่แตกต่างกันบ้าง แต่ยังมีเนื้อหาที่มีความคล้ายคลึงกัน ในระบบกฎหมายทุกระบบนั้นได้กำหนดหลักกฎหมายไว้คล้ายกันว่า เสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาหรือการก่อให้เกิดความผูกพันทางสัญญานั้น จะถูกจำกัดด้วยการเคารพหลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย โดยที่เนื้อหาของหลักเกณฑ์ที่ว่าด้วย

⁴⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, สถาบันพระปกเกล้า, น. 79 – 80.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น. 79 – 80.

ความสงบเรียบร้อยตามระบบกฎหมายปกครองและกฎหมายแพ่งนั้นมีความหมายไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวคิดที่ศาลวางไว้หรือการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล

แม้ว่ากฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาภายใต้วัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาเจตนาประสงค์ก็ตาม แต่ก็ยังต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง⁴⁹ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ส่งผลกระทบต่อหลักดังกล่าว และเป็นเสมือนข้อจำกัดที่ส่งผลต่อเสรีภาพในการทำสัญญา หลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย ประกอบด้วย กฎเกณฑ์ลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตาม (les normes écrites) และกฎเกณฑ์ตามคำพิพากษา (les règles jurisprudentielles) ซึ่งบังคับคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม สำหรับกฎหมายปกครองนั้นได้นำแนวคิดบางประการมาปรับใช้กับเงื่อนไขในการก่อความสัมพันธ์ทางสัญญา และได้กำหนดความหมายของความสงบเรียบร้อยในสังคมไว้ในลักษณะเชิงบังคับ ซึ่งในสัญญาทางปกครองกรณีขัดต่อศีลธรรมอันดีจะเกิดขึ้นน้อยมาก เนื่องจากโดยส่วนใหญ่แล้วสัญญาทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ⁵⁰

สำหรับเงื่อนไขที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะอันเนื่องมาจากเหตุขัดต่อกฎหมายหรือผิดต่อศีลธรรม (Conditions de la nullité pour cause illicite ou immorale) กฎหมายแพ่งได้กำหนดเงื่อนไขไว้สองประการ ซึ่งเงื่อนไขสองประการดังกล่าวได้นำไปปรับใช้ในกฎหมายปกครองด้วย *เงื่อนไขประการแรก* คือ การรับรู้ร่วมกันของคู่สัญญาว่าวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายหรือผิดต่อศีลธรรม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายปกครองก็ยอมรับเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งว่า สัญญาที่ขัดต่อกฎหมายอันจะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ว่าสัญญานั้นขัดต่อกฎหมาย *เงื่อนไขประการที่สอง* คือ จะต้องปรากฏขึ้นขณะทำสัญญา แม้ว่าในทางกฎหมายปกครองจะยังไม่มีคำพิพากษาที่ชัดเจน แต่ศาลปกครองก็วินิจฉัยเป็นแนวทางว่าวัตถุประสงค์หรือเหตุผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (un motif illicite) ของสัญญานั้น อาจเป็นเหตุให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาได้ และในกรณีที่สัญญามีวัตถุประสงค์หรือเหตุผลหลายเหตุผลด้วยกันนั้น ศาลจะนำ

⁴⁹ มาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มีสาระสำคัญว่า ข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลนั้น ไม่อาจทำขึ้นให้ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

(Art. 6 Statutes relating to public policy and morals may not be derogated from by private agreements.)

⁵⁰ P. Dominique, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, pp. 177 – 181.

หลักการเทียบเคียงในกรณีนี้ที่คำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวประกอบด้วยเหตุผลหลายประการมาปรับใช้ กล่าวคือ เมื่อเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งมีลักษณะเป็นการบิดเบือนหรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ศาลจะไม่ยกเลิกคำสั่งดังกล่าวหากปรากฏว่าวัตถุประสงค์หรือเหตุผลอื่นชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ซึ่งอาจสรุปได้ว่าเมื่อเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะไม่ประกาศให้สัญญาเป็นโมฆะในทันที เนื่องจากศาลอาจพิจารณาว่ายังมีเหตุผลอื่นในสัญญาที่ยังคงชอบด้วยกฎหมายอยู่ ดังนั้น เงื่อนไขความเป็นโมฆะด้วยเหตุที่สัญญาขัดต่อกฎหมายในทางกฎหมายแพ่งนั้น อาจนำมาปรับใช้กับกฎหมายปกครองได้ แต่ศาลปกครองจะไม่บังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเหมือนกับในทางกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่สัญญานั้นมีเหตุผลหลายเหตุผลด้วยกัน⁵¹

2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน

ในระบบกฎหมายของเยอรมัน ฝ่ายปกครองอาจเลือกรูปแบบการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ หากการกระทำดังกล่าวไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป และรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดว่าต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจในการกระทำดังกล่าว ซึ่งในการศึกษาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นจำเป็นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) เป็นสำคัญ เนื่องจากเป็นกฎหมายซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ โดยที่การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันย่อมเป็นไปตามกระบวนการทางปกครอง แต่เมื่อกฎหมายปกครองไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยเฉพาะเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งว่า การเกิดขึ้นของสัญญาจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์อะไรบ้าง ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวจึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายเอกชน⁵² ปัญหาที่เคยมีข้อถกเถียงกันว่าการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการในทางปกครองในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายมอบอำนาจไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่นั้น ปัญหาดังกล่าวในปัจจุบันมาตรา 54 VwVfG ก็ได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ ตราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดแย้งกับ

⁵¹ P. Dominique, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*, pp. 169 – 171.

⁵² มานิตย์ วงศ์เสรี, *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, *สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง*, สิงหาคม 2546, น. 19.

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตราดังกล่าว ปราบกฏเหตุผล ในฉบับร่างกฎหมายของรัฐบาลว่า ถ้อยคำดังกล่าวมุ่งประสงค์ให้หมายความถึงเฉพาะกฎหมาย ภายหลังจากที่ได้มีการบังคับใช้ ศาลปกครองสูงสุด ของสหพันธ์ก็ได้ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานและเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในประเทศเยอรมันว่า ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 54 VwVfG นั้น จะต้องพิจารณา ประกอบกับมาตรา 20 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญด้วย ฉะนั้น คำว่า “บทบัญญัติแห่ง กฎหมาย” จึงหมายถึงกฎหมายทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และเจ้าหน้าที่ ของรัฐก็สามารถดำเนินการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดแย้งกับ บทบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ตลอดจนหลักกฎหมายทั่วไปแห่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวด้วย⁵³ และแม้ว่า การดำเนินกิจการในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีกฎหมายกำหนดให้ดำเนินการใน รูปคำสั่งทางปกครอง แต่ก็ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการทำสัญญาทางปกครอง ในเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับการออกคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้เลย ดังเช่น การบรรจุแต่งตั้งข้าราชการ โดยหลักปกติทั่วไปจะต้องดำเนินการในรูปแบบของคำสั่งบรรจุแต่งตั้ง (คำสั่งทางปกครอง) แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็สามารถตกลงทำสัญญาทางปกครองกับเอกชน (ผู้ซึ่งได้รับการบรรจุแต่งตั้ง) ในเรื่องที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับคำสั่งแต่งตั้งนั้นได้ เช่น การตกลงว่าภายหลังจากได้รับการ บรรจุแต่งตั้งไปแล้วภายในระยะเวลาตามที่กำหนด เอกชนผู้ซึ่งได้รับการบรรจุแต่งตั้งดังกล่าว จะได้รับการเลื่อนตำแหน่ง กรณีดังกล่าวเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีอำนาจกระทำในรูปแบบของ สัญญาทางปกครองได้เช่นเดียวกัน⁵⁴

2.2.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมาย ของเยอรมันเกิดขึ้นจากเหตุความบกพร่องหลายประการดังต่อไปนี้

⁵³ เฟิงอ้าง, น. 17 – 18.

⁵⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rdnr. 28, S. 361., อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรี, เฟิงอ้าง, น. 18.

2.2.1.1 อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการทำสัญญา

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใดที่มีอำนาจในทางเนื้อหาที่ดี หรือมีอำนาจในทางพื้นที่ที่ดี เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ตามมาตรา 3 VwVfG ซึ่งได้กำหนดเรื่องของขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในทางพื้นที่ให้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจทำสัญญา สัญญานั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะมีผลต่อเมื่อเจ้าหน้าที่อื่นได้เข้ามามีส่วนร่วมตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หากไม่ได้รับความเห็นชอบก่อน สัญญานั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและตกเป็นโมฆะ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตในการก่อสร้างอาคารตามมาตรา 31 ของกฎหมายควบคุมอาคาร (BauGB) จะอนุญาตการกำหนดแผนงานในการก่อสร้างได้ก็ต่อเมื่อได้ทำการตกลงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก่อนเป็นต้น สำหรับในกรณีสัญญาจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อบุคคลที่สามให้ความเห็นชอบ ตามมาตรา 58 วรรคหนึ่ง VwVfG บัญญัติไว้ว่า “สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะมีผลต่อเมื่อบุคคลที่สามนั้นได้ให้ความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษร” โดยทั่วไปแล้วกรณีดังกล่าวมักจะเป็นสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาแบบสั่งการ” (Verfügungsverträgen)⁵⁵ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตในการก่อสร้างได้อนุญาตให้ทำการก่อสร้างโดยทำเป็นสัญญา โดยทำการยกเว้นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเพื่อนบ้าน สัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อบุคคลที่สาม (เพื่อนบ้าน) ได้ให้ความเห็นชอบ การเห็นชอบดังกล่าวอาจกระทำก่อนหรือภายหลังจากการทำสัญญาก็ได้ แต่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการให้ความเห็นชอบ สัญญาทางปกครองดังกล่าวยังไม่มีผลบังคับ และหากท้ายที่สุดได้มีการปฏิเสธการให้ความยินยอม สัญญาทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

2.2.1.2 ความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเข้าทำสัญญาทางปกครองได้จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะเป็นคู่สัญญา โดยกฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 11 VwVfG ซึ่งนอกจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วยังหมายถึง บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล เท่าที่สามารถมีสิทธิในเรื่องนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่าบุคคลทุกคนจะสามารถเข้าทำสัญญาได้เอง หากพิจารณา

⁵⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 47*, น. 118.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งได้กำหนดให้บุคคลที่สามารถเข้าทำสัญญาได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรม หากบุคคลที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถไม่ว่าจะเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถก็ดี หรือบุคคลผู้เสมือนไร้ความสามารถก็ดี เข้าทำสัญญาจะต้องมีผู้แทนตามกฎหมาย และกรณีนิติบุคคลหรือคณะบุคคลก็จะต้องมีตัวแทนตามกฎหมาย หรือเป็นบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนเฉพาะเรื่อง ตัวแทนซึ่งได้รับการแต่งตั้งสามารถที่จะทำสัญญาแทนตัวการได้โดยไม่ต้องทำการมอบอำนาจเป็นการเฉพาะเรื่องอีก นอกจากนี้ คู่สัญญาสามารถที่จะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นบุคคลผู้มีความสามารถในการทำนิติกรรมกระทำการแทนก็ได้

2.2.1.3 ความบกพร่องในการแสดงเจตนา

สำหรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาจึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายเอกชน กล่าวคือ เมื่อมีการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันโดยคำเสนอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับการสนองจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น แต่หากเกิดความบกพร่องในการแสดงเจตนาจะทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2.1.4 การที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการหรือรูปแบบตามที่กำหนด

ในระบบกฎหมายเยอรมัน นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การรับหรือปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง มีความเห็นส่วนน้อยเท่านั้นที่เห็นว่าการปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ตามความหมายของมาตรา 35 VwVfG ถ้าบุคคลใดเห็นว่าการปฏิเสธของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้บุคคลนั้นไม่อาจใช้วิธีการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) แต่อาจจะต้องฟ้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ (Leistungsklage)⁵⁶

สำหรับรูปแบบของสัญญาทางปกครองนั้น ตามมาตรา 57 VwVfG กำหนดให้การทำสัญญาทางปกครองให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดให้กระทำในรูปแบบอื่น เพราะ VwVfG ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ว่า รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีรายละเอียดอย่างไร ดังนั้น ตามมาตรา 62 VwVfG ที่กำหนดให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ

⁵⁶ ญูดานาฏ ขอลาพัสด, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 114 – 115.

เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบอื่นไว้ โดยกฎหมายที่กำหนดในเรื่องดังกล่าวอาจกระทำโดยกฎหมายของสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐ กฎระเบียบ (Rechtsverordnung) หรือโดยข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Satzung) แต่ไม่อาจกำหนดโดยระเบียบการภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) ซึ่งการไม่คำนึงถึงรูปแบบของการทำสัญญาที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ ย่อมมีผลทำให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

2.2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

สัญญาทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา เมื่อเนื้อหาของสัญญาทางปกครองดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลาย เนื้อหาของสัญญานั้นย่อมเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ซึ่งสัญญานั้นได้ก่อตั้ง แก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิกสิทธิหรือหน้าที่ การทำสัญญาทางปกครองโดยกำหนดเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาในลักษณะที่เป็นการหลีกเลี่ยงหรือเบี่ยงเบนไปจากหลักเกณฑ์ที่บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นกำหนดไว้ไม่อาจกระทำได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางปกครองได้ แต่ก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย⁵⁷ ทั้งนี้ ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย (Der Vorrang des Gesetzes)” มิฉะนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นจะมีผลเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁷ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดของเมือง A ต้องการจะสนับสนุนให้มีการตั้งโรงงานอุตสาหกรรมในเมืองของตน เพื่อจะเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนเกี่ยวกับกิจการด้านอุตสาหกรรม บริษัท B มีความประสงค์ที่จะมาลงทุนและตั้งโรงงานอุตสาหกรรม แต่มีปัญหาในเรื่องการลงทุน ผู้ว่าราชการจังหวัดของเมือง A จึงได้ตกลงทำสัญญากับบริษัท B ว่าในการดำเนินกิจการของบริษัท B นั้น ทางราชการจะยกเว้นไม่เก็บภาษีทางการค้ากับบริษัทในช่วงระยะเวลา 2 ปีแรกของการดำเนินกิจการ และในช่วง 2 ปีต่อไปจะเรียกเก็บภาษีดังกล่าวเพียง 50 % ของจำนวนภาษีที่ต้องเสียเท่านั้น สัญญาระหว่างผู้ว่าราชการจังหวัดของเมือง A และบริษัท B เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยภาษีทางการค้า ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ดี สัญญาที่ได้จัดทำขึ้นนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์เรื่องภาษีการค้าและวิธีการชำระภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีการค้า

อ้างใน มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 21.

2.2.3 เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะ

ในระบบกฎหมายของเยอรมันเมื่อมีการตกลงทำสัญญาทางปกครองแล้ว ผลในทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองย่อมมีได้เพียง 2 ประการ คือ สัญญาทางปกครองนั้นหากไม่เป็นสัญญาที่มีผลในทางกฎหมายก็เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม การตกลงทำสัญญาทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายไม่ทำให้สัญญาทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะในทุกกรณี นั้นหมายความว่าสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นสัญญาที่มีผลในทางกฎหมายผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามได้ หากไม่ปรากฏว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นส่งผลให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับผลแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมันที่กล่าวมานี้ แม้ในเบื้องต้นจะขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นจากความสมัครใจของราษฎรเอง (*volenti non fit iniuria*- ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด) กรณีจึงต่างจากคำสั่งทางปกครอง ที่กฎเกณฑ์ตามคำสั่งเกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่ราษฎร อย่างไรก็ตาม ความยินยอมของราษฎรซึ่งขัดต่อกฎหมาย จะกลับไปมีผลผูกพันกับราษฎรผู้ให้ความยินยอมนั้นได้ทราบเท่าที่ราษฎรอยู่ที่ฐานะที่จะให้ความยินยอมในเรื่องนั้นได้⁵⁸

สัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) กำหนด ซึ่งตามมาตรา 59 วรรคหนึ่ง กำหนดให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะเมื่อมีเหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองซึ่งโดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน อันได้แก่ สัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น อาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีใดกรณีหนึ่งตามมาตรา 59 วรรคสอง ดังต่อไปนี้ คือ (1) ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง (2) ต้องด้วยเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย (3) เจื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาจะรับข้อผิดพลาดทางปกครองมีอยู่ไม่ครบถ้วน (4) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยินยอมรับเอาการตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองโดยคู่สัญญาเอกชน

⁵⁸ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ”, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 330 – 331.

2.2.3.1 เหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่ง

เหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่งซึ่งทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะตามมาตรา 59 วรรคหนึ่ง VwVfG นั้น สรุปได้ดังนี้

1) ความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ามีใช้ว่าบุคคลทุกคนจะสามารถเข้าทำสัญญาได้เอง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดให้บุคคลที่สามารถเข้าทำสัญญาได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรม หากบุคคลที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถจะต้องมีผู้แทนกระทำการแทน ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 105 BGB⁵⁹ ได้กำหนดให้การแสดงเจตนาของบุคคลผู้ไร้ความสามารถตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้ ตามมาตราดังกล่าวยังหมายความรวมถึงการแสดงเจตนาของบุคคลขณะกระทำในสภาพที่ไม่รู้สำนึกหรือในภาวะที่จิตไม่อยู่ในสภาวะที่ปกติชั่วคราว ส่วนการทำสัญญาของผู้เยาว์นั้น หากผู้เยาว์เข้าทำสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายก่อนทำสัญญา สัญญาดังกล่าวก็จะมีผลบังคับ นอกเสียจากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายจะให้สัตยาบัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 108 วรรคหนึ่ง BGB⁶⁰

2) ความบกพร่องในการแสดงเจตนา

ตามมาตรา 116 BGB⁶¹ ได้บัญญัติให้การแสดงเจตนาซ่อนเร้นหรือเจตนาซ่อนอยู่ในใจซึ่งหากได้กระทำต่อบุคคลที่รับรู้ถึงเจตนาอันแท้จริงจะมีผลเป็นโมฆะ นอกจากนี้ การแสดงเจตนา

⁵⁹ Section 105 Voidness of declaration of intent

(1) The declaration of intent of a person incapable of contracting is void.

(2) Also void is a declaration of intent that is made in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance.

⁶⁰ Section 108 Entry into a contract without consent

(1) If the minor enters into a contract without the necessary consent of the legal representative, the effectiveness of the contract is subject to the ratification of the legal representative.

⁶¹ Section 116 Mental reservation

A declaration of intent is not void by virtue of the fact that the person declaring has made a mental reservation that he does not want the declaration made. The declaration is void if it is to be made to another person who knows of the reservation.

หลงหรืออำพรางตามมาตรา 117 BGB วรรคหนึ่ง⁶² อาจตกเป็นโมฆะได้หากได้รับความยินยอมจากบุคคลอีกฝ่าย

3) ความบกพร่องของแบบ

ตามมาตรา 125 BGB⁶³ ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลจากความบกพร่องของแบบว่า นิติกรรมที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้จะตกเป็นโมฆะ และในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้ก็มีผลเป็นโมฆะด้วยเช่นกัน

4) กรณีที่ขัดกับข้อห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 134 BGB⁶⁴ กำหนดไว้ว่า นิติกรรมซึ่งขัดกับข้อห้ามตามกฎหมายย่อมตกเป็นโมฆะในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁶⁵ และกรณีนิติกรรมที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 138 BGB⁶⁶ ด้วยเช่นกัน

⁶² Section 117 Sham transaction

(1) If a declaration of intent that is to be made to another person is, with his consent, only made for the sake of appearance, it is void.

⁶³ Voidness resulting from a defect of form

A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction also results in voidness.

⁶⁴ Section 134 Statutory prohibition

A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion.

⁶⁵ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ เห็นว่า หากนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองแล้ว กรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 134 BGB ในที่นี้หมายถึงกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) จึงมีความเห็นว่ามาตรา 134 BGB ย่อมนำมาใช้โดยอนุโลมกับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญา มีฐานะเท่าเทียม อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 47, น. 126.

⁶⁶ Section 138 Legal transaction contrary to public policy; usury

(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

5) สัญญาซึ่งวัตถุแห่งสัญญาไม่อาจชำระหนี้กันได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติให้สัญญาซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้ที่ไม่อาจชำระหนี้กันได้ตกเป็นโมฆะ กรณีหมายความว่าในขณะที่ทำสัญญานั้น วัตถุแห่งสัญญาที่ได้ตกลงกันได้ ไม่อาจจะทำให้บรรลូវวัตถุประสงค์ตามสัญญาได้ไม่ว่าจากบุคคลใด หรืออาจมีผลมาจากธรรมชาติก็ได้ เช่น ตกลงจะโอนทรัพย์สิน แต่ปรากฏว่าทรัพย์สินดังกล่าวพังสลายไปแล้ว หรือความเป็นไปไม่ได้ดังกล่าวอาจเกิดจากเหตุผลในทางกฎหมายหรือที่เรียกว่า “ความเป็นไปไม่ได้ทางกฎหมาย” (Rechtliche Unmöglichkeit) ความเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมาย เช่น การโอนทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวตกเป็นของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่แล้ว เงื่อนไขของความเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมายนั้น อยู่ที่เงื่อนไขว่าการกระทำที่ได้ตกลงกันไว้นั้น ไม่สามารถจะทำการชำระหนี้ให้มีผลในทางกฎหมายได้⁶⁷

2.2.3.2 เหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง

ตามมาตรา 59 วรรคสอง VwVfG ซึ่งนำมาใช้เฉพาะสำหรับสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเท่านั้น มาตราดังกล่าวได้บัญญัติเหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะไว้ โดยที่ข้อ 1 ของมาตรา 59 วรรค 2 VwVfG ได้บัญญัติถึงเหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกับเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง VwVfG⁶⁸ เช่น คำสั่งทางปกครองจะตกเป็นโมฆะเมื่อคำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องผิดอย่าง

⁶⁷ Ule , S.793 , Dossmann, S.143 ; Fluck, S.53 ; Henke , S.308; Schimpf, S.292 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, อ้างแล้ว เซึ่งบรรพที่ 47, น. 128.

⁶⁸ มาตรา 44 VwVfG (โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง) บัญญัติสรุปสาระสำคัญได้ว่า คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ เมื่อคำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องผิดอย่างร้ายแรงเป็นพิเศษ และเมื่อพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดแล้ว ความบกพร่องผิดพลาดดังกล่าวเห็นได้ชัดเจน

คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะโดยมีควมจำเป็นเงื่อนไขที่ต้องมีอยู่ตามวรรคหนึ่ง ดังนี้

1. คำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจทราบชื่อของฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่ง สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือหรือออกโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์

2. คำสั่งทางปกครองที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายอาจกระทำได้ ก็แต่โดยการส่งมอบเอกสาร แต่รูปแบบดังกล่าวมิได้กระทำอย่างเพียงพอ

ร้ายแรงเป็นพิเศษ และเมื่อพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดแล้ว ความบกพร่องผิดพลาดดังกล่าวเห็นได้ชัดเจน เป็นต้น

2.2.3.3 เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ตามมาตรา 59 วรรคสอง ข้อ 2 VwVfG ได้กำหนดไว้ว่า สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันตกเป็นโมฆะหากมีเหตุเช่นเดียวกับเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ดังนี้ *เงื่อนไขประการแรก* คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะต้องมิใช่เกี่ยวกับความบกพร่องในเรื่องของขั้นตอนกระบวนการ (Verfahrensfehler) หรือความบกพร่องในเรื่องของรูปแบบ (Formfehler) เช่น เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองกับบทบัญญัติของกฎหมาย (das objektive Recht) มีความขัดแย้งกัน หรือในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เนื่องจากมาตรา 46 VwVfG ได้บัญญัติเรื่องผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องรูปแบบและกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองว่าการไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเรื่องรูปแบบหรือกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองใดไม่มีผลกระทบต่อการออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด และ *เงื่อนไขประการที่สอง* คือ คู่กรณีต้องได้ทราบข้อแห่งความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น อาจพอสรุปได้ว่า หากสัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเพราะความบกพร่องในขั้นตอนกระบวนการหรือบกพร่องในทางรูปแบบตามความหมายของมาตรา 46

3. ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองกระทำการออกคำสั่งทางปกครองนอกเหนืออำนาจในเขตพื้นที่ของตน โดยมีได้มีการมอบอำนาจจากผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดังกล่าว

4. คำสั่งทางปกครองซึ่งจากเหตุทางข้อเท็จจริงแล้ว เป็นคำสั่งซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถปฏิบัติได้

5. คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งความผิดดังกล่าวเป็นองค์ประกอบความผิดทางอาญา หรือที่ต้องชำระค่าปรับ

6. คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

อ้างอิง เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 ระหว่างวันที่ 16 – 18 กรกฎาคม 2547 ณ โรงแรมโนโวเทล โคราเลีย ริมเพ ระยอง จังหวัดระยอง, สำนักงานศาลปกครอง, น. 40 – 41.

VwVfG ถึงแม้คู่สัญญาได้รู้ถึงความบกพร่องในเรื่องดังกล่าวในขณะที่ทำสัญญาก็ไม่ตกเป็นโมฆะ และกรณีที่คู่สัญญาได้รู้ถึงความบกพร่องถึงเหตุที่ทำให้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น รู้ว่าสัญญาทางปกครองมีข้อบกพร่องในทางเนื้อหา หรือรู้ว่าเจ้าหน้าที่ทำสัญญานั้นไม่มีอำนาจหรือไม่มีอำนาจในทางเนื้อหาในเรื่องนั้น หรือรู้ว่าในการทำสัญญามีการละเมิดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับขั้นตอนกระบวนการ (das Verfahren) หรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาหรือที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ (die ortliche Zuständigkeit) และเจ้าหน้าที่ไม่มีความผูกพันที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าว

2.2.3.4 เหตุจากเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครองมีอยู่ไม่ครบถ้วน

สัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครองหรือสัญญาประนีประนอมเป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อเท็จจริงหรือยุติปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้ในกรณีที่ไม่ใช่สถานการณ์ปกติและหลีกเลี่ยงการเสี่ยงภัยหรืออันตรายจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ⁶⁹ โดยที่สัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครองหรือสัญญาประนีประนอมตามมาตรา 55 VwVfG จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่ว่า 1) มีความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย 2) ความไม่แน่นอนหรือข้อยุติดังกล่าวไม่สามารถขจัดไปได้ หรือจะขจัดไปได้ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก 3) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมกันได้ ดังนั้นหากเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ไม่มีอยู่ในขณะทำสัญญา สัญญาดังกล่าวก็จะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 59 วรรคสอง ข้อ 3 VwVfG ซึ่งตามมาตรา 59 วรรคสอง ข้อ 3 VwVfG ของเหตุโมฆะกรรมนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ใช้เรื่องสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อนำไปสู่ความสำเร็จโดยที่กฎหมายไม่อาจให้กระทำได้⁷⁰

2.2.3.5 เหตุจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยอมรับข้อตกลงซึ่งการชำระหนี้ตอบแทนไม่อาจกระทำได้สำหรับสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองตามมาตรา 56 VwVfG นั้น มีเงื่อนไขที่ว่าการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องกระทำเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้ในสัญญา

⁶⁹ เฟ็งอ้าง, น. 31.

⁷⁰ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE) 84,236; J. Ziekow, Gutachten, ค.ศ. 2001 S.5 อ้างใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68, น. 41.

และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง โดยต้องเหมาะสมซึ่งเมื่อพิจารณาพฤติการณ์แห่งกรณี และกรณีต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งตามมาตรา 56 VwVfG นั้น ถือว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการนำอำนาจรัฐไปใช้โดยมิชอบและเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากเจ้าหน้าที่ได้ตกลงที่จะทำการชำระหนี้ตอบแทนโดยกฎหมายไม่อนุญาตให้กระทำได้ก็จะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 59 วรรคสอง ข้อ 4 VwVfG⁷¹

⁷¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 47, น. 132.