

# ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

วรเจตน์ ภาคีรัตน์\*

## 1. ข้อความทั่วไป

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องการเครื่องมือประเภทต่าง ๆ ในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะก่อตั้งสิทธิ - หน้าที่ในแดนของกฎหมายมหาชนโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎทางปกครองกำหนดมาตรการเฉพาะราย ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม นอกจากฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวก่อตั้งสิทธิ - หน้าที่ระหว่างตนกับเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจใช้วิธีการทาง “สัญญา” ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นมาได้ หากฝ่ายปกครองเห็นว่าวิธีการตกลงยินยอมกันจะสะดวกและเป็นประโยชน์กว่า และเนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ถูกจำกัดในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองว่าจะต้องเคลื่อนไหวในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น แต่อาจเคลื่อนไหวในแดนของกฎหมายเอกชนได้เช่นเดียวกับเอกชนอื่น ๆ นิติสัมพันธ์ตาม “สัญญา” ที่เกิดขึ้นจึงอาจเป็นนิติสัมพันธ์ตาม “สัญญาในระบบกฎหมายมหาชน” หรือ “สัญญาในระบบกฎหมายเอกชน” ก็ได้ การที่ฝ่ายปกครองไม่ถูกจำกัดรูปแบบหรือเครื่องมือในการก่อตั้งสิทธิ - หน้าที่นี้เป็นไปตามหลัก “เสรีภาพในการเลือกรูปแบบการกระทำของฝ่ายปกครอง” ตัวอย่างที่สนับสนุนหลักการนี้ เช่น เอกชนยื่นคำร้องขอเปิดกักตักคาร์ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเอกชนควรจะต้องติดตั้งกระจกป้องกันเสียงเพิ่มเติมเพื่อมิให้รบกวนผู้ที่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเพิ่มเติมเงื่อนไขในใบอนุญาตเปิดกักตักคาร์หรืออาจตกลงทำสัญญากับเอกชนผู้ขอเปิดกักตักคาร์ก็ได้โดยระบุในสัญญาให้เอกชนมีหน้าที่ติดตั้งกระจกป้องกันเสียงเพิ่มเติม หรือฝ่ายปกครองมีความประสงค์จะสร้างสวนสาธารณะ หรือโรงพยาบาล ซึ่งจำเป็นต้องใช้ที่ดิน นอกเหนือจากวิธีการเวนคืนซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนแล้ว ฝ่ายปกครองอาจตกลงเช่าทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับเอกชนแทนการเวนคืนก็ได้เช่นกัน

เนื่องจากระบบกฎหมายของเยอรมันจัดอยู่ในกลุ่มหรือตระกูลกฎหมาย Civil law ซึ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาในกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่งที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา) ข้อพิจารณาดังกล่าวมีความสำคัญต่อการใช้กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในแง่กฎหมายสารบัญญัติ การตกลงเช่าทำสัญญาทางปกครองจะตกอยู่ภายใต้หลักในทางกฎหมายปกครอง เช่น “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” นอกจากนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองทำขึ้นเพื่อให้จุดมุ่งหมายในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผลโดยไม่ต้องใช้คำสั่ง ฝ่ายปกครองจึงอาจได้รับสิทธิบางประการที่ไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนการตกลงเช่าทำ

\* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) (ธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, Magister iuris (Göttingen), Doktor der Rechte (summa cum laude) (Göttingen) อาจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สัญญาทางแพ่งเป็นไปตามหลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” ซึ่งคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกัน เราจึงไม่พบสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางแพ่ง ในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิฟ้องคดีซึ่งพิพาทกันตามสัญญานั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางแพ่งจะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา ส่วนข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความสัญญา การแก้ไขปรับปรุงและเลิกสัญญาหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาทางปกครอง จะต้องฟ้องร้องยังศาลปกครอง<sup>1</sup>

## 2. ความหมายของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองของเยอรมันถือกำเนิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 70 ของศตวรรษที่เล็ดบนพื้นฐานของความขัดแย้งทางความคิดระหว่างฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายกับฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นไปได้และเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง<sup>2</sup> ฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองมีความเป็นไปได้นี้ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองว่าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ หรือ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ - หน้าที่ในทางกฎหมายปกครอง วรรณกรรมทางกฎหมายของเยอรมันส่วนใหญ่ก่อน ค.ศ. 1970 เรียกสัญญาดังกล่าวนี้ว่า “สัญญาทางมหาชน” เมื่อได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงใน *Verwaltungsverfahrensgesetz 1976* (ต่อไปจะเรียกว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976) ผู้ร่างกฎหมายก็ได้เรียกสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาทางมหาชน” (*Offentlich-rechtlicher Vertrag*) และได้ให้ความหมายของสัญญาดังกล่าวไว้ในมาตรา 54 ดังนี้

*“นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น”*

แม้ว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ จะใช้คำว่า “สัญญาทางมหาชน” แทนคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ก็ตาม แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่ามาตรา 54 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวมุ่งประสงค์กำหนดนิติสัมพันธ์ของสัญญาทางมหาชนในความหมายอย่างแคบ<sup>3</sup> หรือสัญญาทางปกครองนั่นเอง ในบทความนี้ผู้เขียนจึงจะใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง” (*verwaltungsrechtlicher Vertrag*) แทนคำว่าสัญญาทางมหาชนเพื่อให้ตรงกับกรณี

<sup>1</sup> มาตรา 40 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (*Verwaltungsgerichtsordnung*) อย่างไรก็ตามก็ศาลยุติธรรมเคยตัดสินว่า การฟ้องร้องตามหลักความรับผิดชอบในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาทางปกครอง (*culpa in contrahendo*) จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม ไม่ใช่ศาลปกครอง คู่คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ BGH, NJW 1986, 1109.

<sup>2</sup> เกี่ยวกับวิวัฒนาการทางทฤษฎีของสัญญาทางปกครองเยอรมัน โปรดติดตามในวารสารนิติศาสตร์ฉบับหน้า

<sup>3</sup> ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน “สัญญาทางมหาชน” (*Offentlich-rechtlicher Vertrag*) หมายถึง สัญญา 4 ประเภท คือ สัญญาทางรัฐธรรมนูญ (*verfassungsrechtlicher Vertrag*), สัญญาระหว่างประเทศ (*volkerrechtlicher Vertrag*), สัญญาตามกฎหมายศาสนาจักร (*kichenrechtlicher Vertrag*) และสัญญาทางปกครอง (*verwaltungsrechtlicher Vertrag*)

หากพิจารณาจากความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 54 แล้ว เราอาจแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้คือ 1) สัญญา 2) ในแดนของกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) 3) ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกซึ่งนิติสัมพันธ์

1) ในประเด็นที่เกี่ยวกับ “สัญญา” นั้น เราถือว่า “สัญญาทางปกครอง” เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำทางแพ่ง แต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนา ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การบอกกล่าวการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น<sup>4</sup>

2) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชน หรือกล่าวให้ชัดเจนขึ้นในแดนของกฎหมายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาทางปกครองต่างจากสัญญาทางมหาชนประเภทอื่น ๆ และต่างจากสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งเป็นเรื่องสำคัญ ผู้เขียนจึงจะได้แยกอธิบายเป็นหัวข้อต่างหาก

3) สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในกฎหมายทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรก เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่สิ้นสุดลง เนื้อหาของสัญญาทางปกครองอาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายสารบัญญัติ เนื้อหาในทางกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรืออาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้การระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองอาจทำเป็นสัญญาได้ ข้อมหมายความต่อไปโดยปริยายว่าฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวยกเลิกสัญญาทางปกครองได้<sup>5</sup>

### 3. เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในส่วนของสัญญาทางปกครองเองก็ไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันก็ได้ การใช้ “คู่สัญญา” เป็นเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงไม่อาจกระทำได้

ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้นมีข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่ง คือต้องพิจารณาในภาวะวิสัย ซึ่งหมายความว่า ความเข้าใจของคู่สัญญาว่าตนตกลงทำสัญญาทางปกครอง หรือทางแพ่งไม่ใช่เป็นเครื่องชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญานั้น แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางตำราของเยอรมันเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควร

<sup>4</sup> มาตรา 62 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>5</sup> Franz Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994, S. 162. อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากกรณีต้องด้วยเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ การแสดงเจตนาเลิกสัญญาทางปกครองจึงต่างกับการออกคำสั่งทางปกครองยกเลิกสัญญาทางปกครอง

ใช้เกณฑ์ “วัตถุแห่งสัญญา” (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณา “เนื้อหา” นั่นเองว่า “เนื้อหา” ของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พึงพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ<sup>6</sup>

1) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

2) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

3) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุแห่งสัญญาเป็นเกณฑ์การแบ่งแยกคือ บางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้นมีลักษณะหรือสภาพเป็น “กลาง” กล่าวคือ ไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้นักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่ “วัตถุประสงค์” ของการปฏิบัติการชำระหนี้และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครอง ย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่าง : ผู้ขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารพาณิชย์ซึ่งมีหน้าที่ต้องก่อสร้างที่จอดรถยนต์สำหรับผู้มาติดต่อธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองนั้น ไม่สามารถก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในอาคาร หรือบริเวณใกล้เคียงได้ เนื่องจากเนื้อที่ในอาคารไม่เพียงพอและไม่อาจหารซื้อที่ดินข้างเคียงอาคารได้ ผู้ขอรับใบอนุญาตดังกล่าวอาจตกลงทำสัญญากับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์แก่ตน ทั้งนี้ โดยผู้ขอรับใบอนุญาตจะจ่ายเงินตอบแทนในจำนวนที่เหมาะสมให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้จ่ายในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในบริเวณข้างเคียงต่อไป

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น ยังเป็นที่อภิปรายกันอยู่ในทางตำราว่าจะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีของ “สัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, S. 349.

<sup>7</sup> Alfons Gern, Der Vertrag zwischen Privaten Über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen, 1977, S. 56. นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ BGHZ 43, 34 (37).

(gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะต้องแยกพิจารณา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น กรณีที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นความเห็นที่นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้วให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>8</sup> เท่าที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่าปัญหาเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เป็นปัญหาที่ยังหาข้อยุติเด็ดขาดไม่ได้ในทางทฤษฎี ในส่วนของ “สัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง” นั้นคงจะต้องดูต่อไปว่าสัญญาประเภทนี้จะสามารถพัฒนาไปเป็นสถาบันทางกฎหมาย (Rechtsinstitut) ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้หรือไม่

#### 4. รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และ “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้โดยปริยายและโดยชัดแจ้ง ดังนี้

##### 4.1 รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญา

ก.) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง

ข.) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริง ๆ เท่านั้น

<sup>8</sup> Hartmut Maurer, aaO.(Fn. 6), S. 350.

สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม<sup>9</sup> แต่สัญญาดังกล่าวก็หาได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นไม่ แต่รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เป็นความตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย

ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการชำระเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้ไปเพื่อการศึกษาอบรมคืน ในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันไว้<sup>10</sup>

## 4.2 รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

ก.) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)<sup>11</sup>

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น “การขายอำนาจรัฐ” รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง 1.) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา 2.) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง 3.) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว 4.) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหาเกี่ยวกับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่าง : เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน หรือสถานที่รับเลี้ยงเด็กบริเวณใกล้เคียง องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างและการพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้เพื่อให้องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า “Folgekostenvertrag” ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมายเพราะ 1) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก 2) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป 3) จำนวนเงินเหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณี 4) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยง

<sup>9</sup> ดู มาตรา 54 ประโยคที่ 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>10</sup> Hartmut Maurer/Bruno Bartscher, Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung, 2 Aufl. 1997, S. 111.

<sup>11</sup> การแปล “Austauschvertrag” ว่า สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ แม้ว่าจะไม่ตรงกับคำเดิมนัก (Austausch = การแลกเปลี่ยน) และอาจทำให้สับสนกับสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่ง แต่เนื่องจากผู้เขียนยังไม่พบคำแปลอื่นที่ให้ความหมายตรงกับเนื้อหาของสัญญาได้คิดว่า ผู้เขียนจึงใช้คำแปลนี้ไปพลางก่อน ความสับสนกับสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งนั้น คงจะบรรเทาลงไปได้ เพราะมีคำว่า “ทางปกครอง” กับคำว่า “สัญญาต่างตอบแทน” อยู่

เด็กมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือ การพิจารณาวางผังเมือง และการออกไปอนุญาตก่อสร้างอาคาร

#### ข.) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 อนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความหรือการระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGO) มาตรา 106) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษคือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นเรื่องวิสัยบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย<sup>12</sup>

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่น ที่มีได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง - หน้าที่ (Verpflichtungsvertrag) หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ - หน้าที่โดยตรง (Verfügungsvertrag) เป็นต้น ในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยละเอียด แต่ตั้งใจปล่อยให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลา และฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ต่อไป

## 5. หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” และ “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา” กับสัญญาทางปกครอง

### 5.1 ผลของหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ที่มีต่อสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง (Verwaltungshandeln) การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่น ๆ เช่น การออกกฎหมายปกครอง หรือการออกคำสั่งทางปกครอง

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือหลักการที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในการนำหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วย

<sup>12</sup> คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BverwGE 14, 103

กฎหมาย” ไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญา” ออกจากกัน

ในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้น ฝ่ายข้าราชการของเยอรมันถือหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น กำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทาง “สัญญา” จัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้ว ถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ<sup>13</sup>

ในการตกลงกำหนด “เนื้อหาของสัญญา” นั้น นักกฎหมายเกือบทั้งหมดเห็นพ้องต้องกันว่าต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้ ส่วนปัญหาที่ว่าในการตกลงกำหนด “เนื้อหา” ของสัญญา ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งในกฎหมาย หรือไม่นั้น ยังเป็นที่อภิปรายโต้แย้งในทางตำราจนกระทั่งถึงปัจจุบัน เราอาจแยกความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันที่มีต่อปัญหาดังกล่าวออกได้ 3 ความเห็น คือ

**ความเห็นที่หนึ่ง** เห็นว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายโดยชัดแจ้ง อนุญาตให้ตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญา แม้ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการล่งล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้เป็นคู่สัญญาก็ตาม ทั้งนี้เพราะถือว่า เอกชนมีส่วนโดยตรงในการร่วมกำหนดเนื้อหาของสัญญา และยินยอมรับเนื้อหาของสัญญานั้นอยู่แล้ว จึงไม่อาจถือได้ว่าเอกชนคู่สัญญาถูกฝ่ายปกครองล่งละเมิดแดนแห่งสิทธิเสรีภาพ นอกจากที่กล่าวมานี้แล้วยังมีการนำหลัก “volenti non fit iniuria” (ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด) มาสนับสนุนความเห็นนี้ด้วย<sup>14</sup>

**ความเห็นที่สอง** เห็นว่า ในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายโดยชัดแจ้ง ไม่ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการล่งล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชนคู่สัญญาหรือไม่ เหตุผลที่ถูกยกขึ้นสนับสนุนความเห็นนี้ เป็นเหตุผลเชิงปฏิเสธการสละการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน (เอกชนไม่อาจสละสิทธิขั้นพื้นฐานได้) นอกจากนี้แล้วนักกฎหมายที่สนับสนุนความเห็นนี้ยังเห็นว่าการที่ยอมให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยไม่มีกรมมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง ย่อมเป็นอันตรายต่อเอกชนคู่สัญญาเพราะเอกชนคู่สัญญาอาจรีบตกลงเข้าทำสัญญาโดยมิได้ไตร่ตรองให้รอบคอบ และอาจทำให้เอกชนคู่สัญญาตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองได้<sup>15</sup>

<sup>13</sup> แต่เดิมมีปัญหาถกเถียงกันมากกว่าสมควรนำหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” มาใช้บังคับกับการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองหรือไม่ ซึ่งหากมีการนำหลักนี้มาใช้ก็หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะเลือกดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยใช้รูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้ใช้รูปแบบ “สัญญาทางปกครอง” ไว้อย่างชัดแจ้ง ภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ แล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองโดยใช้ “สัญญาทางปกครอง” เป็นเครื่องมือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ไม่ตกอยู่ภายใต้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” แต่ตกอยู่เพียงภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” เท่านั้น

<sup>14</sup> ความเห็นนี้ได้รับการสนับสนุนจากศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ดู BverwGE 42, 331 (335) ; Albert Bleckmann, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmaßigkeit der Verwaltung, VerwArch Bd. 63 (1972) , S. 404 ff. (434)

<sup>15</sup> Hans – Uwe Erichsen, in : Erichsen (Hrsg.) , Allgemeines Verwaltungsrecht, 10 Aufl. 1995, S. 373.



ความเห็นฝ่ายที่สาม เห็นว่า หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ควรจะได้รับการปรับใช้แต่เพียงบางส่วน ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดเจนในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาซึ่งเอกชนคู่สัญญาร่วมกำหนดด้วย และการร่วมกำหนดเนื้อหาของเอกชนคู่สัญญานั้นมีลักษณะเป็นการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐาน แต่หากการกำหนดเนื้อหาของสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนำไปสู่การบังคับให้เอกชนเข้าทำสัญญาในทางความเป็นจริง เพราะเหตุว่าเอกชนไม่มีทางเลือกอื่น ฝ่ายปกครองย่อมจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดเจนโดยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีพื้นฐานความชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตยมีส่วนกำหนดการตัดสินใจอันถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วย<sup>16</sup>

เมื่อพิจารณาความเห็นทั้งสามแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นที่สามเป็นความเห็นที่วิเคราะห์แยกแยะการใช้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ได้ดีกว่าความเห็นอื่น ความเห็นนี้ เคารพการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และไม่ทำให้รัฐเป็นผู้มอบอำนาจเกินความจำเป็น ในขณะที่เดียวกันก็คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนตามสมควร เฉพาะกรณีเห็นว่าเอกชนอาจตกลงเข้าทำสัญญาโดยมิได้เกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริง ความเห็นนี้น่าจะเป็นความเห็นที่นักกฎหมายปกครองของเยอรมันส่วนใหญ่ยอมรับได้ และน่าจะเป็นความเห็นข้างมากในอนาคต

## 5.2 หลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” กับ สัญญาทางปกครอง

เมื่อพูดถึง “สัญญา” แล้ว เรามักจะนึกถึงหลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” ซึ่งมีความหมายถึงเสรีภาพในการเลือกตัวคู่สัญญาและเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเสมอ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา มีที่มาจากหลักอำนาจของเอกชนในการก่อตั้งสิทธิ - หน้าที่ในแดนกฎหมายเอกชน หลักการดังกล่าวนี้นับได้ว่าเป็นหัวใจของกฎหมายเอกชน

ในแดนแห่งกฎหมายเอกชน ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจซึ่งเปรียบเทียบได้กับอำนาจของเอกชนในการก่อตั้งสิทธิ - หน้าที่ตามที่ตนเองต้องการ แต่อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมาย ในการใช้อำนาจฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด แม้จะมีกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้ดุลพินิจนั้นในกรอบที่กฎหมายกำหนด จะใช้ดุลพินิจอย่างอำเภอใจหาได้ไม่ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับเสรีภาพของปัจเจกชนในกฎหมายเอกชนได้ พิจารณาจากฝ่ายปกครอง หลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” จึงไม่อาจมีได้ อย่างไรก็ตามในแง่ของเอกชนผู้เข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นย่อมต้องถือว่ามี “เสรีภาพในการทำสัญญา” เต็มที่ แม้กระนั้นการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนเอง ก็หาเป็นไปได้อย่างเต็มที่เช่นในกฎหมายเอกชนไม่ แต่ถูกจำกัดโดยสภาพเพราะคู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว กล่าวให้ถึงที่สุดแล้ว เราอาจสรุปเป็นหลักการทั่วไปว่า ในกฎหมายปกครองไม่มีหลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” ในความหมายของกฎหมายเอกชน

## 6. หลักการอื่น ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

<sup>16</sup> Arno Schersberg, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Jus 1992, S. 205 ff. (211). ; Eberhard Schmidt – Abmann/Walter Krebs, Rechtsfragen stadtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 189.

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือ “แบบ” ในการทำสัญญาทางปกครองจึงเคร่งครัดกว่า “แบบ” ของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจจะออกโดยวาจาทำทางก็ได้ อย่างไรก็ตามการกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ (มาตรา 57 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ) ถือเป็นมาตรฐานกลางเท่านั้น หากกฎหมายกำหนดแบบที่เคร่งครัดกว่าการทำเป็นหนังสือ การตกลงทำสัญญาทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามแบบอันเคร่งครัดกว่าตามที่กำหนดไว้นั้น

สัญญาทางปกครองที่มีผลก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สาม จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามนั้น (มาตรา 58 วรรค 1 รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฯ) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกก่อตั้งนิติสัมพันธ์โดยวิธีการทาง “สัญญา” แทนการออกคำสั่งทางปกครอง หากการออกคำสั่งทางปกครองต้องการคำขออนุญาต หรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองแทนการออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องได้รับคำอนุญาตหรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วยเช่นกัน

สัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ กำหนดมาตรา 59 วรรค 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ กำหนดให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะเมื่อมีเหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันซึ่งได้แก่สัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น อาจตกเป็นโมฆะ เมื่อต้องด้วยกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ (มาตรา 59 วรรค 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ) คือ 1) ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง เช่น มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด 2) ต้องด้วยเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นเรื่องบกพร่องทางวิธีพิจารณาเรื่องในทางปกครองหรือผิดพลาดในแง่รูปแบบ 3) เจื่อนใจความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาจะรับข้อผิดพลาดทางปกครองมีอยู่ไม่ครบถ้วน 4) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยินยอมรับเอาการตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเจื่อนใจความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองโดยคู่สัญญาเอกชน

กรณีไม่ปรากฏเหตุโมฆะกรรม สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมี “ผลบังคับผูกพัน” (Bestandskraft) และเป็นฐานในการเรียกร้องและบังคับตามสิทธิในสัญญาได้ การที่ระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับหลักที่ว่า สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีผลบังคับผูกพันได้นี้ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก และเป็นปัญหาที่กำลักรอวิวัฒนาการเพื่อหาข้อยุติในทางทฤษฎีอยู่ในปัจจุบัน

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป จนมีผลให้ไม่อาจคาดหมายจากคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้อาจเรียกร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้มาตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาได้ แต่ถ้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาไม่อาจเป็นไปได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้<sup>17</sup> สิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญา หรือสิทธิเลิกสัญญานี้ เป็นสิทธิคู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนได้รับเท่าเทียมกัน (มาตรา 60 วรรค 1 ประโยคที่ 1 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ)

นอกเหนือจากสิทธิเลิกสัญญาทั่วไปที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองยังได้รับสิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อที่จะปกป้องภัยความเสียหายที่อาจมีต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย การใช้สิทธิพิเศษตามมาตรา 60 วรรค 1 ประโยคที่ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ นี้ ต้องเป็นการใช้ในกรณีจำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

<sup>17</sup> กรณีนี้เป็นไปตามหลัก “clausula rebus sic stantibus” ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลัก “pacta sunt servanda”

ครองใช้สิทธิพิเศษนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 49 วรรค 5 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ

## 7. สรุป

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน ถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้สัญญาทางปกครองก็รวมไปถึงกรณีอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ได้ ลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครองของเยอรมันอีกประเภทหนึ่ง คือ การเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา (ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจาก *contrat administrative* ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส) แม้กระนั้นในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิพิเศษเลิกสัญญาทางปกครองได้ กับหลักการในทฤษฎีสัญญาทางปกครองของเยอรมันที่อาจมีประโยชน์ในการพัฒนาทฤษฎีสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย คือ การใช้ “การก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง” เป็นเกณฑ์พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะยังคงเป็นนามธรรมอยู่มาก แต่ก็มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ นอกจากนี้เรื่องเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง และรูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ก็มีประโยชน์ในการเปรียบเทียบกับสัญญาทางปกครองของไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีทางปกครองของฝรั่งเศสด้วย