

สารบัญ

ความทั่วไป : สภาพปัญหาและวิธีการศึกษา.....	15
1. ความสำคัญและข้อความคิดพื้นฐานในทางนิติวิธีของการพัฒนาหลักกฎหมาย ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.....	19
1.1 การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองตามมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)).....	25
1.1.1 ลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG))	27
(1) ข้อความคิดโดยสรุปของบทบัญญัติ (มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) ที่บัญญัติ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ	28
(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่เปิดช่องให้มีการอุดช่องว่างของ กฎหมาย	46
1.1.2 สัญญาทางปกครองในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาทาง ปกครอง : การนำบทบัญญัติในส่วนอื่นของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG)) มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง	47
1.1.3 การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยการนำ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)) มาใช้	51

(1) ข้อความคิดเกี่ยวกับการนำกฎหมายแพ่งมาใช้ในสัญญาทางปกครอง ภายใต้การคำนึงถึงหลักความมีอิสระในทางแพ่งของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Die Privatautonomie des Bürgers)	53
(2) ข้อความคิดเกี่ยวกับการนำกฎหมายแพ่งมาใช้ในสัญญาทางปกครอง ภายใต้การคำนึงถึงหลักกฎหมายมหาชนที่ไม่ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Die fehlende Vertragsfreiheit der Verwaltung)	54
(3) หลักกฎหมายแพ่งที่สามารถนำมาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ (Die Übertragbarkeit zivilrechtlicher Wertungen auf das Vertragsrecht der Verwaltung)	55
1.2 การนำข้อความคิดในทางนิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.....	70
1.2.1 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในฐานะที่เป็นกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาใช้ในสัญญาทางปกครอง	73
(1) การเกิดขึ้นของสัญญา	74
(1.1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 : “ประสิทธิภาพ โปร่งใสและตรวจสอบได้” ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	74
(1.2) การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง	78
(1.2.1) การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญา ต้องเป็นไปเพื่อให้ภารกิจของหน่วยงานทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาค	79
(1.2.2) การคัดเลือกคู่สัญญาต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ	79

(1.2.3) การกำหนด “หลักประกันการเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา” ในสัญญาทางปกครองย่อมสามารถกระทำได้ แต่จะต้องไม่เป็นภาระแก่คู่สัญญาเอกชนจนเกินสมควร	80
(1.2.4) การทำสัญญาสมควรต้องทำเป็นหนังสือเพื่อ ความชัดเจนแน่นอนที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน	80
(1.2.5) ผลของการไม่ทำตามแบบของสัญญา	81
(1.2.6) หลักการกำหนดเนื้อหาของสัญญา เพื่อสร้าง “ความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการดำเนิน กิจการในรูปแบบสัญญากับหลักความชอบด้วย กฎหมาย”	81
(1.2.7) กระบวนการขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งการคัดเลือก คู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่อาจจะนำ มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครองได้	82
(2) การปฏิบัติตามสัญญา	82
(2.1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาตามพระราช บัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 : “การลดความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ด้วยระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกัน สัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญา”	82
(2.2) การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาตาม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาใช้อุดช่องว่างในสัญญาทางปกครอง	85
(2.2.1) การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา อย่างใกล้ชิด	85
(2.2.2) การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนวาง “หลักประกัน การปฏิบัติตามสัญญา”	86

(2.2.3) การกำหนด “ค่าปรับ” อันเป็นค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา	86
(2.2.4) การปฏิบัติการชำระหนี้ทั่วไปคล้ายคลึงกับการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาระหว่างเอกชน	86
(3) การบอกเลิกสัญญา	87
(3.1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 : การบอกเลิกสัญญาถือเป็นมาตรการสุดท้ายที่หน่วยงานทางปกครองพึงระมัดระวังในการนำมาใช้	87
(3.2) การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง	93
(3.2.1) การแก้ไขสัญญาก่อนการบอกเลิกสัญญา	93
(3.2.2) การแก้ไขสัญญานั้นจะต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด	94
(3.2.3) การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงอยู่ภายใต้ “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง (Privatautonomie)”	94
1.2.2 การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง	96
(1) การแบ่งแยกระหว่างขั้นตอนการกระทำ “ก่อน” ทำสัญญากับขั้นตอนการจัดทำสัญญา	97
(1.1) การคัดเลือกคู่สัญญาเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย	97
(1.2) ปัญหาในทางนิติวิธีเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของ “ประกาศประกวดราคา” และ “สัญญาหลักประกันซอง”	98

(2) หลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่สามารถนำมาใช้กับนิติกรรมสองฝ่าย (สัญญา) ได้	100
1.2.3 การอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้	104
(1) หลักการสำคัญที่ต้องคำนึงถึงเสมอในการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองก็คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองไม่มีเสรีภาพในการดำเนินการ แต่ต้องดำเนินการภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น หากมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดห้ามไว้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีเสรีภาพในการดำเนินการเสมอ	104
(2) กระบวนการ “ก่อน” ทำสัญญา ไม่อาจจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้	104
(3) การปฏิบัติราชการหรือการชำระหนี้ปกครอง สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองได้	105
(4) การแก้ไขสัญญาและการบอกเลิกสัญญา	105
1.2.4 การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในสัญญาทางปกครอง : เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว	105
(1) สถานะของหลักกฎหมายเปรียบเทียบในทางนิติวิธี	106
(1.1) กฎหมายเปรียบเทียบมิใช่เรื่องการรายงานข้อมูลทางกฎหมายของแต่ละประเทศ (Rechtsvergleichung ≠ Länderbericht) หากแต่เป็นเรื่องการศึกษาค้นคว้าถึงวิธีการจัดการข้อพิพาทในสังคม	108
(1.2) การศึกษาค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบเพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ (Funktionalität; functionality) ของหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้จัดการข้อพิพาท	108
(1.3) ข้อมูลในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบ	108
(1.4) การศึกษาค้นคว้าถึงลักษณะความแตกต่างในระบบกฎหมายต่างประเทศ (Herausarbeiten von Unterschieden)	109

(2) ข้อพิจารณาในทางนิตินิติวิธีเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว	110
(2.1) การกำหนดประเด็นในทางกฎหมายเพื่อศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว	110
(2.2) ข้อพิจารณาตามหลักกฎหมายต่างประเทศ	112
(2.2.1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส	112
- เงื่อนไขในการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครอง (Conditions de résiliation du contrat administratif) : คำวินิจฉัยลงวันที่ 8 ตุลาคม ปี ค.ศ. 2014 เลขที่ 370644	114
- การเลิกสัญญาโดยปริยาย (Résiliation tacite) : คำวินิจฉัยลงวันที่ 11 ธันวาคม ปี ค.ศ. 2020 เลขที่ 427616	115
(2.2.2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน	117
(2.3) ระบบวิภาษวิธี (Dialektische Methode; Dialectical Method) : “การสร้างสมดุลระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน”	118
2. ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและข้อพิจารณาในทางนิตินิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง.....	128
2.1 ตัวอย่างการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : การเกิดขึ้นของสัญญา.....	129
2.1.1 ตัวอย่างการแบ่งแยกการกระทำฝ่ายเดียวออกจากสัญญา : คำสั่งทางปกครอง “ก่อน” ทำสัญญา	129
(1) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ	129
(2) ความเห็นในทางนิตินิติวิธี	131

2.1.2 ตัวอย่างเรื่องแบบของสัญญา	133
(1) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ	133
(2) ความเห็นในทางนิติวิธี	134
2.2 ตัวอย่างการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : การรับสภาพความรับผิดชอบ.....	135
2.2.1 คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ	135
(1) การนำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดชอบตามมาตรา 193/28 และมาตรา 193/35 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยตรง	135
(2) การนำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดชอบตามมาตรา 193/28 และมาตรา 193/35 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครองในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง	137
(3) การนำหลักกฎหมายเรื่องการรับสภาพความรับผิดชอบตามมาตรา 193/28 และมาตรา 193/35 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครองในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป	138
2.2.2 ความเห็นในทางนิติวิธี	140
2.3 ตัวอย่างการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยอาศัยกฎหมายเปรียบเทียบ : เอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว.....	141
2.3.1 คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ	141
2.3.2 ความเห็นในทางนิติวิธี	144
3. บทสรุป.....	147
บรรณานุกรม.....	149