



รายงานผลการวิจัย

เรื่อง

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
: ศึกษากรณีหลักสุจริตในสัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

The Application of General Principles of Laws in Administrative
Proceeding Concerning Administrative Contracts : The Case Study
of The Good Faith Principle Applies to Concessions Contracts and
Publicity Utility Contracts.

โดย นิรัชรา พงศ์อาจารย์
คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

รายงานการวิจัยนี้ได้รับทุนอุดหนุนจากมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้ศึกษาในเรื่องของการนำ “หลักสุจริต” มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำ “หลักสุจริต” อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายในทุกระบบ มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อบังคับใช้แก่คู่สัญญาใน “สัญญาทางปกครอง” โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

“หลักสุจริต” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญต่อกฎหมายแพ่งทั้งระบบ โดยเฉพาะในเรื่องของการทำสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่ามีการบัญญัติถึง “หลักสุจริต” จำนวนหลายมาตรา เพื่อควบคุมการกระทำและการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอันสำคัญที่อาจส่งผลให้การกระทำนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ในส่วนของบทบัญญัติของสัญญาทางปกครอง ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่พบการกำหนดถึงหลักสุจริตที่เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาเลย

จากการศึกษาโดยการค้นคว้าทางเอกสาร งานวิจัย และคำพิพากษาศาลปกครอง พบว่าศาลปกครองได้นำหลักสุจริต ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายคดี ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองศึกษาเฉพาะสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปภคนั้น ส่วนใหญ่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิก แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งในคำพิพากษานั้นมีทั้งกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตทั่วไปตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และที่ไม่ได้กล่าวอ้าง อันอาจเนื่องมาจากการขาดบทบัญญัติถึงหลักสุจริต ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการบัญญัติ “หลักสุจริต” อันเป็นหลักจริยธรรมสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อกระบวนการทั้งหมดของการทำสัญญา มากำหนดบังคับใช้แก่คู่สัญญาทางปกครอง

Abstract

This research studies the application of "Principles of Good Faith" to the adjudication of administrative disputes relating administrative contracts. This study only focuses on studying the case of the concession agreement and the arrangement of utility facilities. The objective is to bring "Principles of Good Faith", which is the basis of law in every system to prescribe a law written in order to enforce the contract parties in administrative contracts.

"Principles of Good faith" are general legal principles, which are important to the entire civil law system. Especially in the matter of contracting in the Thai Civil and Commercial Code, it is found that there are many provisions of "Principles of Good Faith" in order to control the actions and performance of contract parties in accordance with the agreements on the contracts, which may result in an act that is lawful or unlawful. However, in respect of the provisions of administrative contracts in the Act on Establishment of the Administrative Courts and Administrative Court Trial Procedures 1999 of Thailand, there is no determination of Principles of Good faith in relation to the actions of the contract parties.

The researcher has suggested the introduction of the "Principles of Good Faith" provisions, which are international ethics accepted by many countries, which are importance to the whole process of the contract creation to determine the enforcement of the administrative contractors by specifying in writing in the law relating to administrative contracts in Thailand.

กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ที่ให้โอกาสมอบทุนอุดหนุนในการทำวิจัยในครั้งนี้ และขอขอบคุณบุคคลผู้ที่เขียนงาน หนังสือ ตำรา วรรณกรรม บทความ ที่ผู้วิจัยได้นำเอาหลักเกณฑ์ และได้แนวคิดที่สำคัญยิ่ง มาเขียนวิเคราะห์ ช่วยทบทวนวรรณกรรม และรวบรวมหลักการสำคัญๆ ในบทต่างๆ ของวิจัยฉบับนี้

งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาจากบุคคลหลายท่าน ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ผศ.ดร. สมชาย รัตนเชื้อสกุล คณบดีคณะนิติศาสตร์ ปรีดีพนมพงค์ และ ผศ.ดร.กมลกรวิมล โภมลารชุน รองคณบดี ผู้เป็นแรงสำคัญในการผลักดันให้ผลิตผลงานวิชาการที่สำคัญต่อวิชาชีพ รศ.ดร.ภูมิ โชคเหมาะและ รศ.อัจฉริยา ชูตินันท์ ผู้ให้คำแนะนำในการทำวิจัย รวมถึง คุณเอกสิทธิ์ วินิจกุล ผู้ช่วยเหลือในข้อมูลที่สำคัญยิ่งสำหรับการทำวิจัยครั้งนี้ ตลอดจน คุณศักดิ์สิทธิ์ คณะชาติ ศูนย์วิจัยฯ ที่คอยให้คำแนะนำในการทำวิจัยให้สำเร็จ ลุล่วง

ผู้วิจัยขอขอบคุณกำลังใจจากครอบครัว โดยเฉพาะเด็กชายคณินโมกษ์ พงศ์อาจารย์ (ฟอร์ช) ผู้เป็นแรงใจอันสำคัญให้แก่ผู้วิจัยมาโดยตลอด และทำให้งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

หากงานวิจัยนี้มีประโยชน์ต่อการศึกษา หรือ การค้นคว้าใดๆ ผู้วิจัยขออุทิศให้แก่ บุพการี ครอบครัว อาจารย์ และผู้มีพระคุณแก่ผู้วิจัยทุกท่าน หากว่ามีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใดๆ ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้ทุกกรณี

นิรัชรา พงศ์อาจารย์

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ข
กิตติกรรมประกาศ	ค

บทที่

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	8
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
1.6 กรอบแนวคิดการวิจัย.....	9
1.7 ระเบียบวิธีวิจัย.....	10

2. แนวความคิดพื้นฐานและทฤษฎีของหลักสุจริตและแนวคิดทฤษฎีของสัญญาทาง ปกครอง

2.1 แนวคิดและทฤษฎีของหลักสุจริตและความหมายของหลักสุจริต.....	11
2.1.1 วิวัฒนาการที่มา ความหมาย ของหลักสุจริต.....	15
2.1.2 ลักษณะทั่วไปของหลักสุจริต.....	25

2.1.3 บทบาทและความสำคัญของหลักสุจริต.....	33
2.1.4 หลักสุจริตในปัจจุบัน.....	39
2.2 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องของสัญญาทางปกครอง.....	47
2.2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง	48
ก.ทฤษฎีการบริการสาธารณะ.....	48
ข.ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน.....	51
ค. ทฤษฎีความสมดุลทางการเงินของสัญญาทางปกครอง.....	53
ง. ทฤษฎีอันมีอาจคาดหมายได้	55

3. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย และต่างประเทศ

3.1 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	57
3.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	57
3.1.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	68
3.1.3 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครอง.....	76
3.2 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมัน.....	77
3.2.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมัน.....	79
3.2.2 การปรับใช้หลักสุจริตในสัญญาทางปกครอง.....	81
3.2.3 บทบาทของหลักสุจริตในระบบกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมัน.....	83
3.3 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา.....	85
3.3.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา.....	86
3.3.2 การปรับใช้หลักสุจริตในสัญญาของรัฐ.....	87

3.4 แนวคิดและความเป็นมาของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.....	89
3.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง.....	91
3.6 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.....	96
3.7 การปรับใช้หลักสุจริตในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	107
ก. การปรับใช้หลักสุจริตในคดีสัญญาสัมปทาน.....	108
ข. การปรับใช้หลักสุจริตในคดีสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค.....	115
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการนำหลักสุจริตมาพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	
4.1 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	125
ก. การนำหลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กล่าวอ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน.....	125
ข. การนำหลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ไม่กล่าวอ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน	136
4.2 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง..	140
4.2.1 ขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ.....	142
4.2.2 ความสัมพันธ์ของหลักสุจริตและการใช้เอกสิทธิ์	144
4.2.3 การขาดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงของหลักสุจริตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ.....	144
4.2.4 การขาดบทบัญญัติของการนำหลักสุจริตมาใช้ในทุกกระบวนการของสัญญาทางปกครอง.....	145
4.2.5 ปัญหาทางลักษณะเฉพาะในทางกฎหมายของหลักสุจริต.....	146

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป.....	148
5.2 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้และแนวทางข้อเสนอแนะ.....	153
5.2.1 กรณีขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ที่นำมาใช้	153
5.2.2 กรณีการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในการกำหนดให้การใช้เอกสิทธิ์ของ คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องกระทำควบคู่กับหลักสุจริตอย่างชัดเจน	156
5.2.3 ปัญหาของการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองหลักสุจริตอย่างชัดเจนใน สัญญาทางปกครอง.....	156
5.2.4 กำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายที่ชัดเจนของหลักสุจริต.....	158
บรรณานุกรม	160-165
ประวัติผู้วิจัย	166



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาหรือความสำคัญของปัญหา / Statement of the problem

หลักสากลในการแบ่งแยกอำนาจของผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น มักแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 องค์กร คือ องค์กรบริหาร องค์กรนิติบัญญัติ และ องค์กรตุลาการ ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรบริหารนั้น นอกจากจะมีหน้าที่หลักในการออกกฎ หรือ ออกคำสั่งต่างๆ เพื่อให้บ้านเมืองและสังคม มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยแล้วนั้น ฝ่ายปกครองยังมีหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ **การจัดทำบริการสาธารณะ** (Le service public) เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมุ่งที่จะตอบสนองความต้องการของประชาชนด้วยการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบต่างๆ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมของการบริการสาธารณะของแต่ละประเภท เพื่อประโยชน์ของประชาชนอันเป็นจุดประสงค์สูงสุดของรัฐ “หลักสุจริต” ถือเป็นพื้นฐานสำคัญของการเข้าทำสัญญาในทุกกฎหมายทุกระบบ ซึ่งรูปแบบหนึ่งของเครื่องมือการบริการสาธารณะคือการ

ทำสัญญาอันเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน ฉะนั้นหลักสุจริตจึงเป็นหลักการที่สำคัญในการทำสัญญาทางปกครองเพื่อการบริการสาธารณะด้วย

การบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทยนั้น ถ้าเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง หรือที่เกี่ยวข้องกับเอกภาพของรัฐ เช่นการรักษาความปลอดภัยระดับประเทศ รัฐก็จัดให้มีกองกำลังทหาร ส่วนการรักษาความปลอดภัยระดับสาธารณะภายในประเทศก็รัฐจัดให้มีกองกำลังตำรวจ หรือ ด้านศาลยุติธรรมที่ไม่สามารถให้เอกชนมาทำแทนได้นั้น ฝ่ายปกครองในนามของรัฐก็จะจัดทำในรูปแบบของราชการที่ต้องอาศัยกฎเกณฑ์ ระเบียบ ทำงานเป็นแบบแผน และต้องทำตามขั้นตอนที่กำหนดไว้เป็นสำคัญ หรือ ถ้าหากต้องการบริการสาธารณะ และต้องการหารายได้เข้ารัฐด้วยในขณะเดียวกันก็อาจจะจัดทำในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจ ที่ต้องอาศัยรูปแบบของการบริการเพื่อให้มีความคล่องตัวของการจัดการของการบริการสาธารณะ แต่ถ้าหากเป็นกิจการที่ไม่ต้องการแสวงหากำไรจากการบริการสาธารณะนั้น เช่นการมุ่งบริการเฉพาะด้าน เช่นทางการศึกษา หรือ ทางด้านสาธารณสุข อาจเลือกจัดทำในรูปแบบขององค์การมหาชน โดยต้องมีความคล่องตัวในการจัดการบริหารงานมากกว่า

รูปแบบราชการ หากกิจการใดไม่ต้องการจัดทำเอง และกิจการนั้นไม่กระทบกับความมั่นคงหรือเอกภาพของรัฐ ก็อาจให้เอกชนมาจัดทำแทน หรือ จัดทำร่วมกันกับเอกชนก็ได้ ซึ่งในรูปแบบนี้เครื่องมือที่สำคัญในการบริการสาธารณะคือ การที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชน โดยให้เอกชนมาบริการสาธารณะแทนตนเองหรือจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน ซึ่งก็คือ **สัญญาทางปกครอง** (Le contrat administratif) ภายใต้หลักการบริการสาธารณะ

ด้วยโลกปัจจุบันนี้มีความเจริญขึ้นมากมายหลายๆด้านอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะด้านเทคโนโลยีที่มีลักษณะก้าวกระโดด การที่รัฐจะบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการ ให้แก่ประชาชนในทุกๆเรื่องอย่างครบถ้วนด้วยกำลังคนและกำลังงานของรัฐเอง จึงไม่อาจทำได้อย่างสมบูรณ์ในทุกๆด้าน ในปัจจุบันนี้ เราจึงเห็นว่า เอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาของรัฐมากมาย เพื่อมาทำการบริการสาธารณะแทนรัฐ เช่น สัญญาสัมปทานโทรคมนาคมต่างๆ สัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสาร สัญญาดำเนินการให้บริการอินเทอร์เน็ต สัญญาสัมปทานทางด่วน ฯลฯ ดังนั้น **สัญญาทางปกครอง** จึงถือว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญของรัฐที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ในปัจจุบันจึงมีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นมากมาย การมีกฎหมายบัญญัติรองรับ ตั้งแต่ก่อนทำสัญญาจนถึงกระบวนการเข้าทำสัญญา จนเกิดกรณีพิพาทขึ้นจึงเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่ง และที่สำคัญคือกฎหมายต้องก่อให้เกิดความเสมอภาคและความสมดุลระหว่างรัฐกับเอกชนคู่สัญญาภายใต้ระบบประเทศนิติรัฐ (Legal State)

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาใดๆก็ตามที่ทำขึ้นระหว่าง รัฐ กับ เอกชน ไม่ว่าจะมิลักษณะหรือสัญญาประเภทใดนั้น เราจะรู้จักกันในรูปแบบของ สัญญาของทางราชการหรือสัญญาของรัฐ¹ ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทำแทนรัฐ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม การดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาของทางราชการจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญา การตรวจร่างสัญญา และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คดีข้อพิพาทนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้นสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามของ พ.ร.บ. ฉบับนี้หรือไม่นั้น จึงไม่ใช่สาระสำคัญ

ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น และกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขต

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556) สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, หน้า 41.

อำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรค1 (4)² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติเดียวกันนี้ มีการให้ความหมายหรือคำนิยามศัพท์ ของ “สัญญาทางปกครอง” ดังนี้ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือ แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงมีเพียง 4 ประเภทเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หลังจากศาลปกครองเปิดทำการ มีคดีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองขึ้นสู่ศาลปกครองจำนวนมาก ทำให้การตีความประเภทของสัญญาทางปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 มีปัญหาอันเกิดจากคำนิยามที่เปิดไว้ การกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่ใช้ในการตีความในลักษณะของสัญญาบางประเภท ที่อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงได้มีมติครั้งที่ 6 /2544 ได้วางหลักเอาไว้ว่า สัญญาทางปกครองนอกจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แล้วนั้น ยังให้รวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะให้บรรลุผล ดังนั้นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยจึงอาจแบ่งได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายคือประเภทของสัญญาที่ถูกกำหนดใน มาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาทางปกครองโดยลักษณะหรือด้วยสภาพของสัญญานั้นเองอันควรเป็นสัญญาทางปกครอง ตาม มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ฯ ได้วางหลักเอาไว้

นอกจากนั้น ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังมีการกำหนดให้นำเอาวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมอีกด้วย เช่น การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองให้นำบทบัญญัติ ว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง และบทบัญญัติว่าด้วย

² มาตรา 9 แห่งพ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ค่าฤชาธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และค่าธรรมเนียมเจ้าพนักงานบังคับคดีทำประมวลกฎหมายดังกล่าว มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับการบังคับคดีปกครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้และหลักกฎหมายทั่วไป ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การเกิดขึ้นของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย และศาลปกครองในประเทศไทยนั้น ยังไม่ยาวนาน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมทุกและปรับใช้ได้ครบถ้วนในทุกกรณีจึงเป็นไปได้ยาก ดังนั้น จึงอาจมีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่มีช่องว่างของการบัญญัติลายลักษณ์อักษรของกฎหมายปกครอง กรณีถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถนำบทบัญญัติมาปรับใช้ได้

นอกจากบทบัญญัติแห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทยได้มีการยอมรับในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ ดังจะเห็นได้จากการออกระเบียบใน ข้อ 5 ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 โดยกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งมีใจความดังนี้ “วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้ ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”³ และนับตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการพิจารณานั้น พบว่าองค์กรตุลาการศาลปกครองได้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักการ มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง รวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย

จึงเห็นได้ว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีปกครองนั้น ในระเบียบ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด กำหนดให้ใช้เพียงหลักกฎหมายทั่วไป ที่เป็นนิติวิธีในการตัดสินวิธีพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง รองลงมาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 4 ที่มีข้อบัญญัติเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้มีใจความว่า กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กรณีที่ศาลไม่สามารถพบบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี ให้ศาลนำเอาจารีตประเพณี หรือ บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือ หลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในการ

พิจารณาพิพากษาคดี สำหรับการวินิจฉัยจากบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็คือการอุดช่องว่างโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียง คือนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่ไม่ได้นำมาใช้บังคับกับคดี แต่นำมาปรับกับข้อเท็จจริงของคดีโดยอนุโลม และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป โดยได้บัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ เป็นลำดับสุดท้ายรองจากการเทียบเคียง ซึ่งแตกต่างกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่กำหนดในข้อ 5 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่ให้ความสำคัญแก่ “หลักกฎหมายทั่วไป” มากกว่าวิธีอื่น ๆ

นับตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลปกครองไทยได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอยู่หลายคดีด้วยกัน เช่น หลักสุจริต หลักแห่งความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักแห่งความได้สัดส่วน หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ เป็นต้น ผู้วิจัยเห็นว่า “หลักสุจริต” เป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญมากในการทำสัญญา ไม่ว่าจะป็นสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง หรือ กฎหมายมหาชน ซึ่งในระบบกฎหมายแพ่งนั้น ถือว่า หลักสุจริตเป็นพื้นฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ และได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศ ฉะนั้นในสัญญาทางปกครอง ก็เช่นกัน หลักสุจริตจึงมีความสำคัญมากในการทำสัญญาเพราะความสุจริตคือพื้นฐานแห่งความซื่อสัตย์ของคู่สัญญาว่าจะปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างกัน ระหว่างก่อนทำสัญญา ขณะทำสัญญา และหลังทำสัญญา ในการทำสัญญาทางปกครองนั้น ถึงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน ในการกำหนดข้อกำหนดในสัญญาต่างๆ ได้ฝ่ายเดียว หรืออาจแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียวหากทำไปเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะ เหตุเพราะวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าทำสัญญาก็คือ การทำเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการการบริการสาธารณะ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นได้ ก็ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเอกชนในการเข้าทำสัญญาเสมอ เพราะรัฐไม่สามารถบังคับให้เอกชนเข้าทำสัญญากับตนตามอำเภอใจได้ อาจกล่าวได้ว่าสิ่งที่เหมือนกันของสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองก็คือ ความสมัครใจยินยอมเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาโดยปราศจากการบังคับ ดังนั้น “หลักสุจริต” ถือว่าเป็นหลักสำคัญต่อกระบวนการเข้าทำสัญญาทางปกครองตลอดจนถึงการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง อนึ่ง หลายประเทศ ได้นำ “หลักสุจริต” ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่ง เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเช็ก และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฯลฯ รวมถึงประเทศไทยด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าว “หลักสุจริต” จึงนับว่าเป็นหลักที่สำคัญของกฎหมายแพ่งในระบบกฎหมายไทย อันเห็นได้จากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีการบัญญัติถึง “หลักสุจริต” ไว้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคน

ต้องกระทำโดยสุจริต” มาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต” มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญาที่กระทำโดยสุจริตนั้นให้มีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงพฤติประเพณีด้วย” และยังมีอีกหลายบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะพบคำว่า “สุจริต” และ “ไม่สุจริต” ในบทบัญญัติเหล่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งของไทย

ในส่วนสารบัญญัติของระบบกฎหมายปกครองไทย ยังไม่มีการบัญญัติถึงหลักสุจริตไว้โดยตรง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางปกครอง จะพบเพียงบางมาตราที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง เช่น มาตรา 51 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติคุ้มครองความเชื่อสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองถึงความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองที่ได้รับ เป็นต้น แต่ไม่พบใน พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่จากการที่ได้ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองไทยนั้น ศาลปกครองได้มีการนำหลักสุจริตมาพิจารณาคดีปกครองบางคดี โดยนำเอาหลักสุจริตที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้เท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งล้วนแต่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน บางคดีศาลปกครองกล่าวถึง หลักสุจริตในมาตรา 5 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน แต่ในบางคดีไม่มีการกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงยังไม่มีหลักเกณฑ์ของหลักสุจริตเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ทั้งนี้หลักสุจริต มีความสำคัญยิ่ง แม้จะเป็นสัญญาที่เกิดภายใต้ระบบกฎหมายปกครองก็ตาม

การศึกษาวិจัยเรื่องนี้ ผู้วิจัยมีความต้องการศึกษาการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครอง และเสริมเนื้อหาสาระของกฎหมายปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองโดยการนำหลักสุจริตที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทั้งทางแพ่งและทางปกครอง มาพิจารณาคดีพิพาทของศาลปกครอง โดยมุ่งศึกษาสัญญาทางปกครอง 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เนื่องจากว่าสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปภคนั้น ในปัจจุบันนี้ ได้มีการทำสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้จำนวนมาก โดยสัญญาสัมปทานจะเป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนมาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างก่อสร้างทางด่วนและเอกชนจัดเก็บค่าบริการด้วยตนเอง โดยบริษัทผู้รับสัมปทานนั้นก็จะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการที่ตนได้สิทธิผูกขาดในกิจการของรัฐ ส่วนสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปภคนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นสัญญาที่รัฐจัดให้มีการบริการที่เป็นพื้นฐานของประชาชน เช่นการสร้างอาคารเรียน โรงพยาบาล สะพาน ถนน หรือสิ่งสาธารณูปโภคทั้งหลาย เป็นต้น

ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ของการวางแนวทางในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย และเป็นแนวทางให้แก่องค์กรตุลาการ นำมาปรับใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยผู้วิจัยมุ่งเน้นศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุผลที่ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีพัฒนาการของระบบกฎหมายปกครองมาอย่างยาวนาน และมีแนวคิดของการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน และประเทศไทยได้รับแนวคิดของกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสค่อนข้างมาก อาจกล่าวได้ว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายปกครองไทย เช่นการนำหลักทฤษฎีการบริการสาธารณะ (Les lois du service public) ที่เป็นหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองมาศึกษาในวงการศึกษากฎหมายปกครองไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องทฤษฎีการบริการสาธารณะ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่เป็นตัวอย่างอันชัดเจนของการยอมรับ “หลักสุจริต” ที่นำมาบัญญัติในกฎหมายจำนวนมาก และศึกษาเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา ประเทศภายใต้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ที่แตกต่างจากกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศไทยที่จัดเป็นกลุ่มประเทศใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งผู้วิจัยมีแนวคิดต้องการให้มีการบัญญัติการนำหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะ “หลักสุจริต” มาใช้ในการพิจารณาคดีทางปกครองของศาลปกครองให้ชัดเจน ในรูปแบบของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและ/หรือรัฐบัญญัติ เพื่อให้สอดคล้องกับการที่ประเทศไทยเป็นประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

1.2 วัตถุประสงค์ / Objectives of the study

1. เพื่อศึกษาถึงข้อความคิด ที่มา ลักษณะของ “หลักสุจริต”
2. เพื่อศึกษาถึงบทบาทของหลักสุจริตในสัญญาทางปกครอง
3. เพื่อศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำ “หลักสุจริต” มาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองศึกษาเฉพาะสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา
4. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาของการนำหลักสุจริตมาใช้ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองและการนำมาพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

1.3 สมมติฐานการวิจัย (ถ้ามี) / Research Hypotheses (option)

เมื่อมีข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม เป็นผู้มีหน้าที่หาทางออกของความยุติธรรม จึงต้องสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของมหาชนกับ ประโยชน์เอกชน ศาลปกครองจึงมีอาจปฏิเสธไม่พิจารณาคดีพิพาททางปกครองแม้ไม่มีตัวบท กฎหมายได้ โดยศาลปกครองไทยได้นำหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้ในการพิจารณาคดีสัญญาทาง ปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่าย เอกชนเสมอ การขาดถึงบัพัญญัติของ “หลักสุจริต” เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมาย ปกครองของไทย อาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าไปในทางที่ไม่ชอบหรือไม่เป็นธรรม ได้ ผู้วิจัยจะศึกษาถึง ความหมาย ความเป็นมา ลักษณะของหลักสุจริต ทั้งในระบบกฎหมายแพ่งและ ระบบกฎหมายปกครองของไทย และศึกษาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และ สหรัฐอเมริกา ตลอดจนศึกษาถึงการนำหลักสุจริตมาใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และสหรัฐอเมริกา เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาและเสนอ แนวทางแก้ไขต่อไป

1.4 ขอบเขตของการวิจัย / Scope of the study

ต้องการนำเสนอว่าหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองคืออะไร มีลักษณะเช่นไรมีความ เป็นมาอย่างไร ทำไมจึงนำมาใช้ตัดสินคดีพิพาทได้ แม้ไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในกฎหมายปกครอง โดยมุ่งศึกษาถึง หลักสุจริต คืออะไร มีแนวคิด มีความเป็นมา มีบทบาทอย่างไร ในระบบกฎหมายปกครอง และมีกรณีใดบ้างที่ศาลปกครองไทยนำ “หลักสุจริต” มาใช้ในการวินิจฉัย คดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงศึกษาถึงลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปโดยศึกษา เปรียบเทียบกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา และศึกษาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาของการนำหลักสุจริตมาใช้ในกระบวนการก่อนและ หลังทำสัญญาทางปกครองและการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ / Expected outcome

1. ทำให้ทราบถึงข้อความคิด ที่มา และลักษณะของ “หลักสุจริต”
2. ทำให้ทราบถึงบทบาทและความสำคัญของหลักสุจริต ในสัญญาทางปกครอง

3. ทำให้ทราบถึงคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำ “หลักสุจริต” มาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา

4. ทำให้ทราบถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาจากการนำหลักสุจริตมาใช้ในกระบวนการก่อนและหลังการทำสัญญาทางปกครอง ตลอดจนการนำมาพิจารณาตีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

1.6 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และ/หรือ กรอบแนวคิดการวิจัย / Related theory, conceptual framework and/or work flow

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

1. ทฤษฎีการบริการสาธารณะ นับว่าเป็นทฤษฎีหรือหลักการของกฎหมายมหาชนที่เกิดขึ้น โดยรัฐมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ให้มีความเป็นอยู่ที่ดีไม่ว่าจะเป็นในด้านอุปโภคและบริโภค สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐและเอกชน ที่รัฐให้ออกชนเข้ามาบริการสาธารณะแทนตนทั้งที่เป็นหน้าที่ของรัฐเอง กล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ และการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองหรือรัฐนั้นจึงต้องผูกพันตามกฎหมายตามหลักการหรือทฤษฎีกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นกลไกในการควบคุมตามหลักของการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ มีกฎหมายให้อำนาจ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรผู้ตรวจสอบและวินิจฉัยข้อพิพาทจึงต้องอาศัยตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดี หากไม่มีตัวบทกฎหมายใดกำหนดไว้ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้นต้องมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะเป็นหลัก

2. ทฤษฎีอำนาจมหาชน ที่กำหนดหลักการเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่ทำเป็นต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น รัฐสามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิกได้ฝ่ายเดียวถ้ามีความจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่การแก้ไข ยกเลิก เปลี่ยนแปลงนั้นต้องสัมพันธ์กับการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เสมอ เพราะสัญญานี้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งตามทฤษฎีสัญญาต้องเป็นสัญญา คือ การแก้ไขสัญญาโดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญา 2 ฝ่ายนั้นไม่อาจทำได้ เราจึงพบหลักการเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

3. ทฤษฎีอันมีอาจคาดหมายได้ เป็นทฤษฎีที่มีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด หรือ เกินความคาดหมายว่าจะเกิดขึ้น โดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอาจควบคุมได้ จนทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องล้มละลาย หรือ ประสบเหตุขาดทุนจนมีอาจจะฟื้นคืนได้ในขณะนั้น เช่นเกิดภาวะสงคราม คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ชดใช้ค่าทดแทนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงทฤษฎีความสมดุลทางการเงินของสัญญาทางปกครอง คือ กรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองได้นำเอาหลักเอกสิทธิ์มาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่นแก้ไขเปลี่ยนแปลง ข้อสัญญา หากว่าแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงมุ่งหมายเยียวยาความเสียหายที่คู่สัญญาเอกชนจะได้รับความเสียหายจากการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนั้น

1.7 ระเบียบวิธีวิจัย / Research methodology

1. ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากสื่อต่างๆ เอกสาร อันประกอบไปด้วย หนังสือ บทความ คำบรรยาย วิจัย เว็บไซต์ต่างๆ เอกสารที่เผยแพร่ทาง อินเทอร์เน็ต ของประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศ สหรัฐอเมริกาตลอดจนคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครอง ทั้งของในประเทศไทย สาธารณรัฐ ฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลของศาลปกครอง ไทย ศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีรายละเอียดดังนี้

1.1 การเก็บรวบรวมข้อมูล คือรวบรวมเอกสาร ข้อมูลต่างๆคือ

ก. ข้อมูลชั้นปฐมภูมิ (Primary Data) เป็นเอกสารที่เป็นต้นฉบับ เช่นหนังสือ บทความ ทางวิชาการต่างๆ วารสารต่างๆ ของไทย และต่างประเทศ

ข. ข้อมูลชั้นทุติยภูมิ (secondary Data) คือเอกสารที่ผ่านการวิเคราะห์ ตีความจาก บุคคลอื่น นักวิชาการอื่นๆ ทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ

1.2 การวิเคราะห์ข้อมูล ทำการวิเคราะห์ข้อมูลจากการรวบรวมทางเอกสาร โดยวิเคราะห์ตามแนวทางการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Data) เพื่อแสวงหาข้อมูลเพื่อหาข้อมูลที่จะนำไปสู่แนวทางการสรุปผลการวิจัยได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 2 แนวความคิดพื้นฐาน ที่มา ลักษณะของหลักสุจริต

“หลักสุจริต” ถือว่าเป็นหลักจริยธรรมสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศ ที่อาจกล่าวได้ว่ามีต้นกำเนิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติมาตั้งแต่สมัยโรมัน ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร นักกฎหมายถือว่า “หลักสุจริต” เป็นหัวใจของกฎหมายแพ่ง และมีความสำคัญของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ โดยเฉพาะในส่วนของ การเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาที่ต้องอาศัยความสุจริตของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อาจถือได้ว่า หากขาดหลักสุจริตแล้ว นิติสัมพันธ์ที่เกิดอาจไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายได้

2.1 ความหมายของหลักสุจริต

คำว่า “สุจริต” นั้น ไม่มีการให้คำจำกัดความหรือให้คำนิยามไว้เช่นไร ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หรือ กฎหมายฉบับใด มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวไว้ว่า คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง ซึ่งยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนให้ชัดเจน⁴

คำว่า “สุจริต” เป็นคำแปลมาจากภาษาละตินว่า bona fides ภาษาอังกฤษว่า good faith ภาษาฝรั่งเศสว่า bonne foi แปลเป็นไทยได้ความหมายโดยรวมว่า ความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจ พบการให้คำนิยามไว้ในพยานุกรม พ.ศ. 2470⁵ ให้ความหมายไว้ว่า ประพฤติดี หมายถึง ประพฤติด้วยความตั้งใจดี ในพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2493⁶ ให้ความหมายว่า ประพฤติชอบตามคลองธรรม หมายถึง ประพฤติด้วยตั้งใจดี ประพฤติซื่อตรง ส่วน พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2535⁷ ให้ความหมายว่า ความประพฤติชอบ ,จริง, ซื่อตรง อันมีความหมายที่ตรงกันข้ามกับคำว่าทุจริต ที่หมายความถึง ประพฤติชั่ว คดโกง ฉ้อฉล ไม่ซื่อตรง

จนมาถึงราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ฉบับล่าสุด ได้ให้คำนิยามคำว่า “สุจริต” หมายถึง ความประพฤติชอบ ประพฤติในทางที่ถูกต้อง ซึ่งมีกรให้คำนิยามสั้นลงกว่าฉบับก่อนๆ ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้ให้คำนิยามอาจต้องการให้มีความหมายที่กระชับ สั้นๆ ที่ไม่ต้องการคำอธิบายมาก แต่ได้ใจความโดย

⁴ วรนาธิ สิงโต.(2554). เอกสารการสอนชุดกฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ N 1 สาขาวิชานิติศาสตร์.กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 1- 4

⁵ พยานุกรมไทย พ.ศ. 2470

⁶ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493

⁷ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2535

คำสั้นๆ เมื่อพิจารณาแล้ว ความหมายของคำว่าสุจริตก็ยังคงไว้ซึ่งความหมายเดิม ในส่วนของ นักวิชาการในประเทศไทยนั้น ได้ให้คำนิยามดังนี้

ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน ที่เป็นภาษาละติน Bona fides แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือ สัจจะที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Treu und Glauben Treu แปลว่า ความซื่อสัตย์ Glauben แปลว่าความเชื่อความไว้วางใจ และหลักสุจริต ก็คือ “หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ”⁸ โดยท่านได้แบ่งหลักสุจริตออกเป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่องและหลักสุจริตทั่วไป และได้อธิบายเพิ่มเติมว่า “หลักกฎหมายสุจริต” เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งของไทยทั้งระบบ มีจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม โดยนำหลักมาตรฐานศีลธรรมทางสังคมมาเป็นกลไกควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมที่จะประพฤติปฏิบัติต่อกัน และการใช้สิทธิโดยสุจริตนี้เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่ มาตรฐานที่เป็นข้อความทั่วไปเรียกว่าข้อความที่มีเนื้อหาไม่แน่ชัด เป็นบทบัญญัติที่เรียกว่าเป็นกฎหมายเพื่อความยุติธรรมอันไม่สามารถทำให้ความหมายกระจ่างชัดไว้ล่วงหน้าได้ ต้องรอให้ข้อพิพาทขึ้นก่อน โดยขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละคดี หลักความซื่อสัตย์และหลักความไว้วางใจเป็นหลักการทั่วไปที่ไม่อาจจะอธิบายให้ชัดเจนจนกระจ่างในรายละเอียดได้ทั้งหมด เพราะเป็นหลักการทางนามธรรมที่นับวันมีแต่จะคลี่คลายต่อไป”⁹

จินดา ชัยรัตน์ อธิบายว่า คำว่า “สุจริต” แปลว่า ประพฤติดี ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Good faith ภาษาละตินว่า bona fide การกระทำโดยสุจริตภาษาละตินเรียกว่า actio bona fide บางครั้งมีคนแปลไปในเชิงความซื่อสัตย์ ซึ่งออกจะแคบไป เพราะคำว่า สุจริต มีความหมายที่กว้าง ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องการกระทำด้วยความซื่อสัตย์เสมอไป คำว่า สุจริต นั้นมีความหมายกว้าง ซึ่งสามารถจะกำหนดถึงลักษณะกว้างๆของการใช้สิทธิโดยสุจริตได้ว่า บุคคลนั้นจะต้องไม่ใช้สิทธิตามกฎหมายที่มากเกินไปหรือใช้สิทธิในลักษณะที่เป็นการกดขี่อันจะก่อให้เกิดความสูญเสีย¹⁰

⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, กรุงเทพมหานคร

⁹ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2554). กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป. กรุงเทพฯ: นิติธรรม หน้า 64-66

¹⁰ จินดา ชัยรัตน์. (2478). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า574

จากความหมายของคำว่า สุจริต ที่นักวิชาการได้อธิบายดังกล่าวข้างต้นนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า สุจริต หมายถึง ความซื่อสัตย์ ความประพฤติดี ประพฤติในทางที่ชอบ ความสุจริตใจ ความไว้วางใจ และ หลักสุจริตนั้น จะมุ่งคุ้มครองผู้สุจริตในกรณีต่างๆแล้วแต่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสม

ในส่วนของต่างประเทศนั้น ได้ให้คำนิยามของคำว่าสุจริตและหลักสุจริต ดังนี้

Black's Law Dictionary ฉบับ ค.ศ 1997 ให้ความหมายของคำว่า สุจริต ดังนี้ Good faith is an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory definition, and it encompasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage, and an individual's personal good faith is concept of his own mind and inner spirit and, therefore, may not conclusively be determined by his protestations alone ซึ่งอาจแปลได้ว่า คำว่า สุจริต นั้นมีลักษณะที่จับต้องไม่ได้ และมีลักษณะเป็นนามธรรม ไม่มีความหมายในทางเทคนิค หรือ ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายให้คำนิยามไว้ และยังรวมถึงความเชื่อโดยซื่อสัตย์ การไม่คิดมุ่งร้ายใดๆ การปราศจากการหลอกลวง ฉ้อฉล การปราศจากการแสวงหาผลประโยชน์ในทางที่ไม่ดี และความสุจริตของแต่ละบุคคลนั้นขึ้นกับความรู้สำนึกที่ดีส่วนตัวของแต่ละบุคคล ที่ไม่อาจสรุปถึงข้อกำหนดหรือการวางหลักเกณฑ์ได้อย่างตายตัว Black's Law Dictionary ฉบับ Black's Law Dictionary 701 (7th ed. 1999) ได้ให้คำจำกัดความของ สุจริต คือ “A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage”. ซึ่งมีใจความ ดังนี้ สภาพของจิตใจซึ่งประกอบไปด้วย

- (1) การซื่อสัตย์กับความเชื่อในเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของตัวเอง
- (2) ความซื่อสัตย์ในหน้าที่หรือการกระทำของตน
- (3) การปฏิบัติตามมาตรฐานปกติของผู้ทำการค้าการทำธุรกิจอย่างเหมาะสม
- (4) การปราศจากเจตนาซึ่งการฉ้อฉลหลอกลวงหรือการแสวงหาผลประโยชน์อันไม่สมควร

นอกจากนี้ Black's Law ยังให้ความหมายของคำที่มีความหมายตรงกันข้ามกับ สุจริต คือ คำว่า Bad faith ซึ่งหมายความถึง “ทุจริต” ดังนี้ The opposite of "good faith," generally implying or involving actual or constructive fraud, or a design to mislead or deceive another, or a neglect or refusal to fulfill some duty or some contractual obligation, refusal to fulfill some duty or some contractual obligation, not prompted by an honest mistake as to one's rights or duties, but by some interested or sinister motive.

Term "bad faith" is not simply bad judgment or negligence, but rather it implies the conscious doing of a wrong because of dishonest purpose or moral obliquity; it is different from the negative idea of negligence in that it contemplates a state of mind affirmatively operating with furtive design or ill will.

ซึ่งหมายถึง คำที่มีความหมายตรงกันข้ามกับ “สุจริต” ที่มักเกี่ยวข้องกับการกระทำ หรือ การวางแผนกระทำการที่ไม่ถูกต้อง หรือการหลอกลวงบุคคลอื่น หรือการกระทำการหรือการไม่กระทำการละเลยในสิ่งที่ต้องทำ

“สุจริต” ในกฎหมายเยอรมันเรียกว่า Treu und Glauben คำว่า treu แปลว่า ความซื่อสัตย์ ความไว้วางใจ ความน่าเชื่อถือ Glauben แปลว่า เชื่อในความไว้วางใจ ดังนั้นจึงหมายถึง ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ในภาษาฝรั่งเศสนั้น คำว่าสุจริต ตรงกับคำว่า la bonne foi คือ การมีเจตนาดี ความตั้งใจที่ดี, ความสุจริตใจ ถึงแม้ว่าอาจจะส่งผลในทางที่ดีหรือไม่ดีก็ได้ แต่มีความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง

จากความหมายของคำว่า “สุจริต” ที่นักวิชาการ ได้อธิบายไว้ ดังกล่าวข้างต้นนั้น สรุปได้ว่า คำว่า “สุจริต” หมายถึง ความซื่อสัตย์ ความประพฤติดี ในทางชอบ ความไว้วางใจ ความสุจริตใจ และหลักสุจริตนั้นมุ่งคุ้มครองบุคคลผู้สุจริตในกรณีต่างๆแล้วแต่สถานการณ์แต่ละสถานการณ์

คำว่า “สุจริต” ในความหมายของผู้วิจัยนั้น ผู้วิจัยคิดว่า เป็นคำสั้นๆ ที่เข้าใจง่ายใน ความหมายของคำที่มนุษย์ผู้มีสติสัมปชัญญะทั่วไปเข้าใจเมื่อเอ่ยถึง แต่มีความยากตรงที่การจะกำหนด

ถึงหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบของคำว่า “สุจริต” อย่างครบถ้วน เพียงแค่บุคคลผู้นั้นรู้สึกผิดชอบชั่วดีของการกระทำของตนในแต่ละบทบาทแต่ละสถานภาพแต่ละสถานการณ์อย่างสมควร ณ. ขณะนั้นของตนก็เพียงพอที่จะพบว่า นั่นคือความหมายของคำว่า “สุจริต” แล้ว

2.1.1 วิวัฒนาการและที่มาของ “หลักสุจริต”

จากการศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมายในกลุ่มประเทศโลกตะวันตกนั้น จะพบว่า วิวัฒนาการทางกฎหมายในกลุ่มประเทศโลกตะวันตก มีวิวัฒนาการที่ยาวนานอย่างต่อเนื่อง และมีหลักฐานที่ค่อนข้างชัดเจนกว่ากลุ่มประเทศในโลกตะวันออก อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในโลกตะวันตก มีหลักฐานที่ชัดเจนและมีระบบระเบียบที่ต่อเนื่องมากกว่ากลุ่มโลกตะวันออก ซึ่งวิวัฒนาการทางด้านกฎหมายประเทศกลุ่มโลกตะวันออกนั้น จะมีการสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดและหลักฐานวิวัฒนาการทางกฎหมายไม่ชัดเจนเท่าไรนัก มักพบหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในศาสตร์แขนงอื่นๆ มากกว่า เช่น ศาสตร์ทางศาสนา หรือศาสตร์ทางการแพทย์โบราณ เช่น ศาสตร์แพทย์จีน เป็นต้น ดังนั้น จึงเป็นเหตุผลว่า เราจึงศึกษาวิวัฒนาการทางกฎหมายจากกลุ่มประเทศโลกตะวันตกเป็นส่วนสำคัญ ประวัติศาสตร์กลุ่มประเทศโลกตะวันตกนั้น อาจแบ่งได้ 3 ยุคใหญ่ๆ คือ

1. สมัยโบราณคือยุคกรีกและโรมัน – ค.ศ 6 (ค.ศ 500)

2. สมัยกลาง ค.ศ 500-1500

3. สมัยใหม่ ค.ศ 1500 – ปัจจุบัน ซึ่งในแต่ละยุคสมัยได้สะท้อนถึงแนวความคิดวิวัฒนาการของกฎหมายมาอย่างยาวนาน เป็นประวัติศาสตร์อันล้ำค่ายิ่ง ของการวางรากฐาน แนวคิด และทฤษฎีของกฎหมายที่นานาอารยประเทศนำมาใช้กันจนถึงปัจจุบันนี้

ความหมายของ หลักสุจริต

หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า “หลักสุจริต” เป็นบทกฎหมายยุติธรรมหมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลยพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น หรือ บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น หรือ บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบๆทีเดียว เป็นบทกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นบทบัญญัติให้ผู้

พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นรายกรณีๆไป เพื่อจะได้มีคำพิพากษาโดยเจตจำนงที่ดีคือที่
เป็นความยุติธรรม”¹¹

กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้อธิบายไว้ว่า “หลักสุจริต” หมายถึง “หลักความประพฤติในทางที่ชอบ
หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นความประพฤติไปในทางที่สอดคล้องกับความคาดหมายตามเกณฑ์ที่
ผู้เกี่ยวข้องพึงถือว่าเป็นไปโดยถูกต้องสมควรและความคาดหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องนี้ย่อหมายถึงความ
เชื่อถือและไว้วางใจอันบุคคลพึงมีต่อกันตามแต่กาลเทศะ นั้นเอง ด้วยเหตุนี้เกณฑ์ความประพฤติ
ตามหลักสุจริตจึงย่อมจะรวมเอาเกณฑ์แห่ง “ความน่าเชื่อถือและไว้วางใจ และ ความซื่อสัตย์ เข้าไว้
ด้วยกัน ความสุจริตจึงย่อหมายถึงเกณฑ์แห่งความซื่อสัตย์และความไว้วางใจนั่นเอง”¹²

ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล อธิบายถึง “หลักสุจริต”ว่า เป็นกฎหมายที่ยุติธรรม และยิ่งใหญ่ใน
ระบบกฎหมายโรมัน เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม กว้างขวางกำหนด
ความหมายที่ชัดเจนแน่นอนยาก กฎหมายได้มอบอำนาจให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการ
พิจารณาคดีโดยอาศัยหลักความเป็นธรรม และความซื่อสัตย์ของบุคคลมาบังคับใช้ให้เหมาะสมกับ
พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไปได้ เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม¹³

แนวคิดของ “หลักสุจริต” นั้น มีปรากฏมาตั้งแต่ มนุษย์เริ่มอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ซึ่งแน่นอน
ว่าการอยู่ร่วมกันนั้น มนุษย์ย่อมค้นหา กฎ กติกา ของสังคมหรือสิ่งที่เป็นบรรทัดฐานหรือเครื่องวัด
ต่างๆ เพื่อเป็นสิ่งที่กำหนดว่า มนุษย์ที่มาอยู่ร่วมกันนอกจากสังคมครอบครัวแล้วนั้น แต่ละคนจะ
สามารถกระทำการต่างๆได้ในขอบเขตของตน และกติกาของสังคมเช่นไร ในยุคสมัยนั้น ย่อมยังไม่มี
ตัวบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดว่าสิ่งใดทำได้สิ่งใดทำไม่ได้อย่างชัดเจน การวัดความ
ประพฤติ การปฏิบัติตนเองและต่อผู้อื่นของมนุษย์ในสังคม มีแค่เพียงที่เกิดจากจิตสำนึกของคน และ
การตั้งเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ในสิ่งที่ควรและไม่ควรปฏิบัติ ที่เรียกว่าประเพณีนิยมที่ปฏิบัติ
สืบต่อกันมาเท่านั้น

ในอดีตมีหลักฐานและเชื่อกันว่า หลักสุจริต นั้นมีรากฐานมาจาก หลักคุณธรรมและจริยธรรม
รวมถึงความเชื่อทางศาสนาที่ตั้งแต่ในสมัยกรีกโบราณ ขณะนั้นหลักสุจริตไม่ได้มีผลเกี่ยวข้องกับ
กฎหมายโดยตรง ยังไม่มีความชัดเจนมากนัก¹⁴ ในสมัยกรีกโบราณนี้ นักปรัชญาที่มีชื่อเสียงอันได้แก่

¹¹ หยุต แสงอุทัย. (2538) ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาสน์การพิมพ์. พิมพ์ครั้งที่ 12. หน้า63

¹² กิตติศักดิ์ ปรกติ.(2552). “การใช้การตีความกฎหมาย”. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 17-62

¹³ อ่างแล้ว, แหล่งเดิม ,ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล หน้า 71 .

¹⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). *ใช้สิทธิโดยสุจริต* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

โสกราตีส เพลโต อริสโตเติล เสรครีตัส ซึ่งเป็นนักปรัชญาที่ได้กล่าวถึง หลักสุจริตทั้งทางตรงและทางอ้อม ดังนี้

โสกราตีส (Socrates) นักปราชญ์ชาวเอเธนส์ ผู้เป็นอาจารย์ของเพลโต (plato) ได้กล่าวว่า สังคมจะมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยต้องยึดหลักคุณธรรมและจริยธรรม สิ่งหนึ่งสิ่งใดจะยุติธรรมหรือไม่ ไม่ใช่เพราะผู้คนส่วนใหญ่เห็นว่ายุติธรรม แต่เป็นเพราะสิ่งนั้นโดยภาวะวิสัยแล้วเป็นสิ่งที่ยุติธรรม¹⁵

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าความคิดนี้สอดคล้องกับหลักสุจริตตรงที่ว่า โสกราตีสเขาอธิบายว่า “บุคคลไม่อาจกระทำการอันไม่ถูกต้องหรือเป็นธรรมโดยเจตนาได้ ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีขึ้นเพื่อตอบโต้การกระทำอันไม่ถูกต้อง ไม่เป็นธรรมที่บุคคลนั้นได้รับก็ตาม เขาเห็นว่าการทนทุกข์ต่อความไม่ถูกต้อง ไม่เป็นธรรมย่อมดีกว่ากระทำการอันไม่ถูกต้อง ไม่เป็นธรรมเสียเอง ซึ่งเห็นได้ว่าเขามองเห็นความสุจริตและความเป็นธรรมยึดโยงการกระทำของบุคคลบนพื้นฐานความถูกต้องที่เป็นธรรมซึ่งสื่อออกมาจากความสุจริตของผู้นั้น ซึ่งโสกราตีสน่าจะมองว่า ความสุจริตเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในความสัมพันธ์ของคนในสังคม

เพลโต (plato) 427-347 ปีก่อน ค.ศ. นักปรัชญาชาวกรีกโบราณ ลูกศิษย์โสกราตีส เขาเห็นว่าจิตวิญญาณของมนุษย์สามารถแบ่งออกได้เป็นสองส่วนใหญ่ คือ จิตวิญญาณส่วนที่มีเหตุผล กับส่วนที่ไม่มีเหตุผล และส่วนนี้ยังแยกออกเป็นสองส่วนคือจิตวิญญาณฝ่ายสูงและจิตวิญญาณฝ่ายต่ำ ซึ่งมนุษย์ทุกคนย่อมมีจิตวิญญาณทั้งสองส่วนผสมผสานกันไปในส่วนที่แตกต่างกัน ซึ่งสัดส่วนที่มีเหตุผล ผู้วิจัยเห็นด้วยกับเพลโตตรงที่ว่า จิตวิญญาณทั้งสองส่วนนั้น ถ้าควบคุมอยู่ได้ด้วยความสุจริต ก็จะเป็นสิ่งที่ถูกที่ควรกระทำเสมอ

อริสโตเติล (Aristotel) 384 ปีก่อนคริส - 322 ปีก่อนคริสตกาล เขากล่าวว่า ¹⁶ มนุษย์จะขาดซึ่งคุณธรรมไม่ได้ และคุณธรรมที่สำคัญที่สุดคือความยุติธรรม ผู้ที่กระทำการโดยยุติธรรมย่อมไม่ต้องการมากไปกว่าสิ่งที่เขาควรได้ ผู้เขียนเห็นว่าความไม่ต้องการไปมากกว่าสิ่งที่เขาควรได้ น่าจะหมายความว่าถึงความสุจริตใจพึงใจในการกระทำของผลและแลในเหตุการณ์นั้นๆ เขาแยกความยุติธรรมในลักษณะที่ทำให้ความเท่าเทียมกันออกเป็น 2 ประเภทคือ ความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนตอบแทน และ ความยุติธรรมแบบแบ่งปันส่วน ซึ่งประเภทแรกนั้น จะพิจารณาถึงความเท่าเทียม

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2561). ประวัติศาสตร์ความคิดทางนิติปรัชญา . กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อานกภูมหาย. หน้า72

¹⁶ อ่างแล้ว วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (น.119).

กันในการแลกเปลี่ยนตอบแทน เช่น ในสัญญาซื้อขาย ต่างฝ่ายต่างมีหนี้ซึ่งกันและกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะพึงความยุติธรรมมนุษย์ในสังคมต้องสุจริตต่อกันในทุกๆฝ่าย กฎเกณฑ์ต่างๆที่มีคุณธรรมต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมชาติของมนุษย์¹⁷ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า อริสโตเติลมองว่าความสุจริตคือความบริสุทธิ์ที่เป็นพื้นฐานการไม่ทำความผิดอย่างจงใจ ดังนั้นถ้ามีความสุจริตแล้วของผู้ใดจึงเป็นสิ่งที่ควรถูกต้องเสมอที่เกิดจากความบริสุทธิ์ใจของผู้นั้น เพียงแต่ว่าการสุจริตใจนั้นจะกระทบถึงบุคคลอื่นในทางดีหรือไม่ดีย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์แต่ละกรณี

ต่อมาหลักสุจริต ค่อยๆชัดเจนขึ้น มีการกล่าวถึงหลักสุจริตชัดเจนเป็นรูปธรรมในแนวคิดของนักปราชญ์ในสมัยโรมัน ในศตวรรษที่ 2 โดยได้รับการถ่ายทอดจากผู้ที่มีบทบาทในการกล่าวถึง หลักสุจริตมากที่สุดคนหนึ่ง คือ **ซีเซโร หรือ คิเคโร** ชื่อเต็มว่า **มาร์คัส ทูลลิอุส ซีเซโร (Marcus Tullius Cicero)** 106 ปีก่อนคริสต์ศักราช -43 ปีก่อนคริสต์ศักราช ซีเซโรเป็นนักปรัชญาชาวโรมัน ผู้ซึ่งไม่ได้เป็นนักกฎหมาย แต่เป็นผู้มีความรอบรู้ และความสามารถ เป็นนักพูด นักอภิปราย นอกจากสำนักสโตอิก¹⁸ แล้ว เขาได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก เพลโต และ อริสโตเติล เขาไม่ได้เป็นเพียงผู้ที่ถ่ายทอดปรัชญาของกรีกโบราณสู่อาณาจักรโรมันเท่านั้น แต่ถือได้ว่า เขาได้นำเอาความคิดทางปรัชญาอันยิ่งใหญ่ในดินแดนกรีกโบราณซึ่งเปรียบเสมือนแม่น้ำสายหนึ่ง ออกสู่อาณาจักรโรมันและดินแดนในปกครองของอาณาจักรโรมันซึ่งเปรียบเสมือนท้องทะเลอันกว้างใหญ่ ที่เป็นสะพานเชื่อมความคิดทางปรัชญาของกรีกโบราณไปยังสมัยกลางอีกด้วย และส่งผลข้ามเวลามาถึงยุคสมัยของเราด้วย¹⁹ ซึ่งหลักการแนวคิดของเขามีอิทธิพลต่อนักปรัชญารุ่นหลังหลายคนในเวลาต่อมาสืบเนื่องจนถึงปัจจุบัน

งานเขียนที่สำคัญที่เกี่ยวกับการเมืองและนิติปรัชญา คือ *De re publica* (ว่าด้วยรัฐ) *De legibus* (ว่าด้วยกฎหมาย) ผลงานเขียนของซีเซโรที่ชื่อว่า “หน้าที่” (*De Officiis*) ที่เขาเขียนถึงความ เป็นมนุษย์ที่ดี ต้องปฏิบัติต่อกันอย่างซื่อสัตย์สุจริต เขาได้อธิบายว่า บุคคลที่เป็นคนดีนั้นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกันอย่างซื่อสัตย์สุจริตปราศจากการหลอกลวงและกลฉ้อฉลใดๆ เขาได้ยกตัวอย่างที่ศาลได้ตัดสินคดีหนึ่งว่า ผู้ขายนั้นต้องมีหน้าที่ต้องแจ้งความจริงทุกอย่างอย่างซื่อสัตย์ต่อผู้ซื้อ และผู้ขายต้องรับผิดชอบไม่แจ้งความจริงและการนั้นทำให้ผู้ซื้อต้องเสียหาย และกล่าวอ้างถึง “หลักสุจริต” ในคำ

¹⁷ ฌ็อง-ฌัก กอ็องเตอแร็ง. (2555) “หลักสุจริต: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”. บทความวิจัยวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. ฉบับ สิงหาคม หน้า21

¹⁸ สำนักสโตอิก คือ สำนักวิชาการ ก่อตั้งโดยนักปรัชญาชาวกรีกชื่อ เซโน แห่ง ซิตูม

¹⁹ อ้างแล้ว (น.119)

สอนของเขาที่ของสำนัก สโตอิก อีกด้วย (เซโน Zeno เป็นผู้ก่อตั้งสำนักสโตอิก คือ สำนักวิชาการ ก่อตั้งโดยนักปรัชญาชาวกรีกชื่อ เซโน แห่ง ซิติอุม (Zeno of Citium พ.ศ.210 - พ.ศ.279) ใน เอเธนส์ ซึ่งได้แพร่หลายเป็นอย่างมากไปทั่วกรีก และจักรวรรดิโรมัน และเป็นผู้ที่นำเอากฎหมาย ธรรมชาติมาเป็นกฎหมายโรมัน ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมัน ชิเซโร เห็นว่า หลักสุจริต คือพื้นฐานแห่งความยุติธรรม ซึ่งส่งผลถึงนักกฎหมายโรมันในยุคต่อมา นักกฎหมายโรมันได้นำหลักคุณธรรมเรื่องความซื่อสัตย์ และหลักความไว้วางใจ อันเป็นคุณธรรมดั้งเดิม ของสังคมโรมัน มาผสมผสานกับหลักการทางปรัชญาของกรีกโบราณ อธิบายให้เห็นว่าคุณธรรม ดังกล่าวมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของ ius gentium หรือ กฎหมายนานาชาติ อีกด้วย ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายไว้ว่า “เราพบหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ **“ในนามของหลักสุจริต”** ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5²⁰ มาตรา 6²¹ หรือ อื่นๆ อีกหลายมาตรา ดังที่จะกล่าวถึงรายละเอียดในบทต่อไป และในอีกหลายประเทศ เช่น เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ เป็นต้น และยังรวมถึงในสาขากฎหมายมหาชนอีกด้วย ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับ ของหลักสุจริตในกฎหมายปกครอง ซึ่งหลักนี้อยู่ในรูปของ “หลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคง อยู่ของคำสั่งทางปกครองหรือการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ” ผู้วิจัยมีความเห็นว่า น่าจะอาจ อธิบายได้ว่าเป็น “ความเชื่อโดยสุจริตใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองถึงความถูกต้องและความมั่นคง แห่งคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งควรจะถูกรับรองถึงความเชื่อนี้โดยสุจริตใจ” ดังที่ปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51²² และมาตรา 52²³ เช่นกัน”²⁴ ที่ประเทศไทยนำมาใช้โดยมี กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมันเป็นต้นแบบ จึงนับว่า ชิเซโร (Cicero) เป็นบุคคลที่กล่าวถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจนกว่านักปรัชญาคนใดๆ ในระบบ กฎหมายโรมันยุคโบราณ

กิตติศักดิ์ ปรกติ อธิบายว่า กฎหมายโรมันนั้น แต่เดิมอยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณี จน ราวศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาล ก็มีการนำจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร นัก

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 6 ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต

²² โปรดดู มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

²³ มาตรา 52 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของ มาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่ผู้ ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคง อยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำความในมาตรา ๕๑ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่า ทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

²⁴ ศ.ดร วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อ้างจาก Horn,Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie,166.

กฎหมายโรมันไม่ได้ยึดติดกับข้อความที่บัญญัติเท่านั้น แต่พยายามให้เหตุผล อภิปรายโดยคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นสำคัญ หลักสุจริตนี้จึงเกิดขึ้นอย่างชัดเจนครั้งแรกในส่วนของวิธีสัญญาของกฎหมายโรมัน²⁵ ในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องของสัญญา ในโรมัน “หลักสุจริต” หมายถึง ความซื่อสัตย์หรือความมีสำนึกจะอันชอบ²⁶

หลักสุจริตในยุคนี้มักใช้ไปในทางวิธีสัญญาซึ่งเป็นที่ยอมรับของศาล ศาลนำมาใช้พิจารณาคดีอันอาจเทียบได้ว่าเป็นวิธีการพิจารณาในชั้นศาล คือใช้เป็นข้อต่อสู้ของฝ่ายที่ตกเป็นจำเลยที่ว่าศาลไม่ควรบังคับคดีให้เพราะโจทก์กระทำการอันมิชอบต่างๆ เช่น กลฉ้อฉล หรือ บังคับ เรียกว่าหลัก *exception doli generalis* หลักนี้ ยกข้อต่อสู้ว่าโจทก์ใช้อำนาจฟ้องหรือใช้สิทธิโดยมิชอบ ต่อมาหลักนี้ ศาลนำมาใช้ได้โดยขอบเขตที่กว้างขวางขึ้น แม้การฟ้องคดีบางคดีแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลก็อาจอ้างความสุจริต ได้ ตัวอย่าง เช่นคดี ที่เกิดขึ้นในช่วง 100 ปีก่อนคริสตกาล นายคลอดิอุส ได้ประกาศขายบ้านของตนให้แก่ นาย ปูร์นิอุส ซึ่งมีการตกลงซื้อขายกันเรียบร้อยแล้ว ในส่วนหนึ่งของบ้านมีการต่อเติมผิดแบบ ซึ่งนายคลอดิอุสได้รับแจ้งจากพนักงานรัฐว่าต้องทำการรื้อถอนในส่วนนั้น เมื่อผู้ซื้อได้เข้าครอบครองบ้าน ผู้ขายไม่ได้แจ้งในทราบถึงส่วนที่ต้องรื้อถอนนี้ ผู้ขายไม่ได้ได้แจ้งให้ทราบว่าทรัพย์สินมีการถูกรอนสิทธิ ผู้ขายจงใจปกปิดข้อเท็จจริงที่รู้อยู่แล้ว ซึ่งต้องเป็นหน้าที่ของผู้ขายที่ต้องแจ้งให้ผู้ซื้อทราบ ย่อมขัดต่อหลักสุจริต ศาลเห็นชอบที่จะใช้หลักนี้ในการตัดสินคดีความ²⁷ อาจกล่าวได้ว่าหลักสุจริตอยู่เบื้องหลังหรือต้นกำเนิด หรือ ที่มาของหลักความรับผิดชอบเพื่อความซื่อสัตย์ ในกฎหมายลักษณะซื้อขายในปัจจุบัน และเป็นที่มาของคำว่า การรอนสิทธิอีกด้วย มีคดีหลายคดีที่ศาลนำหลักสุจริตมาเป็นหลักในการตัดสิน เช่น การยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ขายที่มีต่อผู้ซื้อ ในการซื้อของผู้ซื้ออยู่แล้ว ณ. ขณะส่งมอบทรัพย์สินว่าสินค้าชำรุดบกพร่อง ก็ไม่สามารถอ้างเหตุยกเลิกสัญญาซื้อขายต่อมาได้ อันเนื่องมาจากความไม่สุจริตของคู่สัญญานั้นเอง เป็นต้น

ต่อมาในสมัยกลาง ระบบกฎหมายได้หยุดพัฒนาลงชั่วคราว เพราะชนชาวยุโรปกลับไปใช้ประเพณีของชุมชน และศาสนจักรกลับมีอิทธิพลมากไปจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 16 ในคริสต์ศตวรรษที่ 12 ได้มีการเอากฎหมายโรมันไปพัฒนาโดยผสมผสานกับหลักธรรมทางศาสนา หลักสุจริตในยุคสมัยนี้จึงมี

²⁵ เนื่องจากถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่คู่พิพาท หรือศาลได้นำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งต่อมาจึงเกิดขึ้นในส่วนสารบัญญัติด้วย

²⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2552). รากเหง้าของหลักสุจริตในระบบกฎหมายยุโรป วารสารยุโรปศึกษา ปีที่17ฉบับที่12ก.ค.-ธ.ค. 2552. หน้า 117

²⁷ อ้างแล้ว กิตติศักดิ์ ปรกติ (น.119)

ลักษณะเน้นในแง่ของความเป็นธรรม ความยุติธรรม มีหลักการว่าบุคคลทั่วไปต้องตั้งอยู่ในความสุจริต และความเป็นธรรม และ ยึดหลักการ 3 ประการ²⁸

ประการที่ 1 คือ รักษาสัจจะ หลักการนี้ได้มีการอธิบายไว้ว่า สัญญานั้นเกิดจากความสมัครใจยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จึงผูกพันกันด้วยสัจจะที่ให้ไว้แก่กัน

ประการที่ 2 การไม่แสวงหาประโยชน์ด้วยการฉ้อฉล คือหลักการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต้องสุจริตใจต่อกันไม่มีการแสดงเจตนาถ้อยฉ้อฉลซึ่งกันและกัน คือการอาศัยความสุจริตใจต่อกันทั้งสองฝ่าย

ประการที่ 3 คือการดำรงตนอยู่ในความซื่อสัตย์ กล่าวคือ บุคคลที่ซื่อสัตย์ควรพึงกระทำทั้งสองฝ่าย และหากไม่ได้มีการตกลงกันไว้อย่างชัดเจน หรือหากขาดถ้อยคำหรือการแสดงเจตนาใดๆไว้ ก็ต้องมีการตีความเจตนาโดยปริยาย ตามหลักสุจริต ตามที่โอเฟรดุส นักปราชญ์สมัยโรมัน ได้กล่าวไว้ว่า บุคคลย่อมผูกพันกันตามหลักสุจริตเพียงแต่ต้องงดเว้นจากการทำฉ้อฉลเท่านั้นและต้องผูกพันตามข้อกำหนดในทางสุจริตที่ไม่ได้ตกลงกันไว้โดยแจ้งชัดอีกด้วย คือ ต้องซื่อสัตย์และสุจริต

นักบุญโทมัส อควินัส หรือ เซนต์โทมัส (Thomas Aquinas) นักปราชญ์ในยุคกลางที่ได้รับฉายาว่าเป็นนักปราชญ์เทวดา มีชื่อเสียงมากในทางวิชาการ และได้รับการยอมรับอย่างสูง งานเขียนชิ้นสำคัญของเขาและที่มีชื่อเสียงได้แก่ Summar Theologiae ทฤษฎีกฎหมายและลำดับขั้นของกฎหมาย เขานำแนวคิดของอริสโตเติลมาผสมผสานกับคำสอนศาสนา และนำเอาหลักการว่าด้วยความยุติธรรมมาอธิบายในเชิงนิติศาสตร์ เช่น การซื้อขายนั้นเป็นความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนทดแทน การซื้อขายนั้นจะเป็นธรรมต้องมีการแลกเปลี่ยนสิ่งที่มีคุณค่าที่เทียบกัน ได้ประโยชน์เท่าเทียมกันทั้งสองฝ่าย ดังนั้น จึงเป็นความยุติธรรมที่เป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่งของสัญญาซื้อขาย

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 14 **บัลดุส (Buldus)** นักปราชญ์ทางกฎหมายชาวอิตาลี ก็ถือว่าเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ โดยเขานำความคิดของอริสโตเติลและ เซอร์โทมัส อควินัส มารวบรวมและต่อยอด เขาเสนอแนวคิดที่ หลักสุจริตเป็นหลักการเดียวกับหลักความเป็นธรรม คือหลักที่ถือว่า “ไม่มีผู้ใดพึงได้ลาภไปโดยผู้อื่นต้องเสียเปรียบ” อาจอธิบายได้ว่า การได้ลาภของบุคคลใดไปแล้วทำให้ผู้อื่นเสียเปรียบย่อมถือเป็นการอันไม่สุจริตนั่นเอง แม้ว่าการกระทำบางอย่างอาจไม่สุจริตแต่ไม่มีผู้ใดต้องเสียลาภไป ก็ไม่อยู่ในความหมายของคำว่าสุจริต ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหลัก

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว, หน้า 127-129.

สุจริตของบัลลัสมีประโยชน์ในแง่ของการพิจารณาว่าสัญญาจะผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญาไม่สุจริตใจ ณ. ขณะทำสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ ฉะนั้นต้องคำนึงถึงความสุจริตของคู่สัญญาด้วย และ อีกประการหนึ่งคือ การปฏิบัติตามสัญญาหรือการชำระหนี้ต้องทำด้วยความเป็นธรรมและปราศจากกลฉ้อฉลซึ่งก็ต้องอาศัยความสุจริตเช่นเดียวกัน

หลักการที่สำคัญอีกหลักการหนึ่งที่บัลลัสได้อธิบายไว้ก็คือ สัญญาทุกสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์อันชอบธรรม ซึ่งก็คือ การกระทำใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการโอนทรัพย์สิน หรือการให้ลาภแก่บุคคลอื่น จะเป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์หรือมีมูลอันชอบด้วยความเป็นธรรมและสอดคล้องกับหลักสุจริต²⁹

ต่อมาในยุคสมัยใหม่ช่วงแรก เริ่มตั้งแต่ในช่วงตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 15 จนถึงต้นศตวรรษที่ 16 มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญหลายเหตุการณ์ เช่น กรุงคอนสแตนติน เมืองหลวงของโรมัน ตะวันออกถูกปิดล้อมและตกอยู่ในอำนาจปกครองของจักรวรรดิออตโตมัน หรือการที่ คริสโตเฟอร์ โคลัมบัส ค้นพบทวีปอเมริกา รวมถึงความแตกแยกการแบ่งความเชื่อในศาสนาคริสต์เป็นโปรเตสแตนต์ และ โรมันคาทอลิก ต่อมาจึงเกิดสงครามสามสิบปีเป็นสงครามที่ต่อเนื่องมาจากสงครามความขัดแย้งระหว่างฝรั่งเศสกับ ราชวงศ์ฮับส์บูร์ก หรือ ฮับส์บูร์โก) House of Habsburg; Habsburgo) ในการเป็นมหาอำนาจในยุโรป และในที่สุดก็เกิดเป็นสงครามที่ไม่มีเหตุผลใดเกี่ยวข้องกับศาสนา ในยุคนั้น นักกฎหมายไม่ค่อยได้กล่าวถึงหลักสุจริตเท่าใดนักเพราะนักกฎหมายค่อนข้างให้ความสำคัญกับเรื่องใหม่ที่นำเสนอในสมัยนั้น ในแนวสิทธิ เสรีภาพของประชาชนควรจำเป็นต้องมีและเท่าเทียมกัน และการปกครองของรัฐโดยที่ไม่กดขี่ข่มเหงประชาชน ไม่เอารัดเอาเปรียบประชาชน หรือการให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน หรือการเรียกร้องจากชนชั้นปกครองว่า เขาไม่ควรถูกปกครองภายใต้การถูกกดขี่ข่มเหง มนุษย์มีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกัน เรื่องที่น่าสนใจจึงเกี่ยวข้องกับ แนวคิดหรือหลักการที่เกี่ยวกับอำนาจของรัฐกับประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง อาจกล่าวได้ว่า นักปราชญ์เริ่มให้ความสำคัญกับกฎหมายมหาชน ค้นหาคำถามและคำตอบเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และความเสมอภาคของประชาชนภายในรัฐมากกว่ายุคก่อนๆที่ผ่านมา ดังนั้นในช่วงยุคสมัยนี้จึงมีการกล่าวถึงหลักที่เกี่ยวกับรัฐ อำนาจอธิปไตยเป็นส่วนใหญ่ เช่น ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งอาจมีการกล่าวถึงอยู่บ้าง เช่น หลักอื่นๆ ในทางกฎหมายแพ่ง เช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) เป็นต้น ในยุคนี

²⁹ อ่างแล้ว กิตติศักดิ์ ปรกติ (น.133)

ไม่ถือว่าพระเจ้าเป็นที่มาของกฎหมายเหมือนในสมัยกลางที่ผ่านมา เน้นไปที่ความเป็นเหตุเป็นผล รัฐไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือพระเจ้ากำหนดให้เหมือนแต่เดิม แต่เกิดความคิดที่ว่ารัฐเกิดขึ้นในลักษณะที่มนุษย์เป็นผู้ปรุงแต่งขึ้นมา³⁰ นักปรัชญาหรือนักกฎหมายในยุคนี้ ได้แก่ **ฌอง โบแดง (Jean Bodin)** นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ผู้ก่อกำเนิดแนวความคิดว่าด้วยอำนาจสูงสุด ผู้ที่พยายามค้นหาคำตอบว่า อำนาจสูงสุดในแต่ละรัฐเป็นของใคร เป็นของประชาชนหรือผู้ปกครองรัฐ และ เขาเป็นผู้เขียนหนังสือ เรื่องหกบรรพว่าด้วยรัฐ เป็นนักคิดคนแรกที่ทำให้ความสำคัญกับอำนาจสูงสุดที่ปกครองรัฐ ที่เขาเรียกว่า อำนาจอธิปไตย (puissance souveraine) ที่เขาสนับสนุนอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ ซึ่งแนวคิดนี้มีอิทธิพลมากในประเทศฝรั่งเศส และยังส่งผลในวงกว้างในสาขากฎหมายมหาชน ต่อนักคิด นักปราชญ์นานาชาติทั่วยุโรปอีกด้วย

ฮิวโก โกรเชียส (Hugo Grotius) นักกฎหมายชาวดัตช์ ผู้ได้ชื่อว่าเป็นอัจฉริยะมีความสามารถมาก มีสติปัญญารอบรู้และสูงกว่าคนธรรมดาในยุคสมัยนั้น เขาเป็นนักคิดที่นำเอาแนวคิดของสำนักสโตอิกมาวิเคราะห์และเสนอแนวคิดที่ว่า ธรรมชาติของมนุษย์มี 2 ส่วน ส่วนแรกคือธรรมชาติที่เป็นพื้นฐานเป็นสัญชาตญาณที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด เช่นการรักษาตัวรอด การต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ส่วนที่สองคือเหตุผลมนุษย์จะกระทำการใดก็ทำไปตามเหตุผล ซึ่งทั้งสองส่วนนี้มีเฉพาะมนุษย์เท่านั้นที่การกระทำจะต้องสอดคล้องกันในทั้งสองส่วน เขายกตัวอย่างเช่น การไม่เอาของผู้อื่นมาเป็นของตน ผู้วิจัยเห็นว่าก็น่าจะเชื่อมโยงกับการกระทำที่สุจริต การรักษาความสัตย์สุจริต การชดเชยค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น เขาไม่ได้กล่าวถึงหลักสุจริตโดยตรงเท่าไรนัก คงมีที่เกี่ยวข้องคือส่วนเหตุผลในสมองของมนุษย์แยกแยะได้อันไหนดีไม่ดีและการกระทำที่ดีคือการกระทำที่สุจริต

ฌอง โดมา (Jean Domat) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้เขียนตำรากฎหมายแพ่ง เสนอแนวคิดที่ว่า การตกลงระหว่างคู่กรณีนั้น มีอาจสมบูรณ์เพียงแค่การแสดงเจตนาตกลงทั้งสองฝ่าย แต่ข้อตกลงนั้นต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขแห่งความผูกพันตามหลักความเป็นธรรมตามกฎหมายธรรมชาติ ตามกฎหมายบ้านเมือง และตามกฎหมายประเพณี³¹ คู่กรณีสามารถตกลงตามที่ตนต้องการ แต่ในสัญญาไม่อาจตกลงกันโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีหรือขัดต่อหลักความเป็นธรรมได้ มีหลักฐานปรากฏในทางวิชาการว่า แนวคิดหลักการของ ฌอง โดมา นี้ถือว่าได้

³⁰ อังแล้ว กิตติศักดิ์ ปรกติ (น.217)

³¹ James Gordley, les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et gum delectus, revue corrigee et augmentee, Paris 1777 Delalain libraire p.115.

เป็นรากฐานที่มาของมาตรา 1134 วรรคสาม³² และ 1135 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตโดยตรง โดยนำมาบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1804³³ มีการบัญญัติหลักสุจริตอย่างชัดเจนใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้มาโดยตลอด ก่อนที่จะมีการแก้ไขครั้งที่รัฐกำหนด ที่ 2016-131 ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2559 โดยใจความของมาตรา 1134 วรรคสาม กำหนดให้การปฏิบัติตามสัญญานั้น คู่สัญญาต้องทำด้วยความสุจริต ส่วนมาตรา 1135³⁴ นั้น ได้มีการบัญญัติถึง การตกลงของคู่สัญญานั้นว่าไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดหนี้ระหว่างกัน แต่ยังก่อให้เกิดความผูกพันตามหลักความเป็นธรรม ตามประเพณีปกตินิยม ตามบทบัญญัติบังคับแห่งกฎหมายอีกด้วย ส่วนของประเทศเยอรมันก็นำเอาแนวคิดมาใช้เช่นเดียวกัน ตามที่ปรากฏในมาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และ มาตรา 157³⁵ อันเป็นที่มาของ มาตรา 368 ของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีสาระสำคัญ คือ สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึง ปกติประเพณีด้วย

ส่วนในสมัยใหม่ช่วงหลัง นักปรัชญาก็ยังไม่ได้มุ่งศึกษาหรือมีการกล่าวถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจนหรือกว้างขวางเท่าไรนัก ซึ่งในช่วงนี้มีความสำคัญในการพัฒนากฎหมายมหาชนเสียมากกว่า เพราะนักกฎหมายให้ความสำคัญกับอำนาจรัฐที่มีต่อผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ประชาชนเรียกร้องถึงสิทธิเสรีภาพ ที่เท่าเทียมกัน เรียกร้องหลักแห่งความเสมอภาค และในยุคนี้มีเหตุการณ์สำคัญคือ การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา และการปฏิวัติฝรั่งเศส ที่ถือว่าเป็นจุดสำคัญที่สุดในการก่อกำเนิดกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน อันเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและการพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในเวลาต่อมา

³² Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

³³ Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

³⁴ Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature

³⁵ มาตรา 157 BGB "Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern

2.1.2 ลักษณะทั่วไปของหลักสุจริต

หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ถือว่าเป็น “เครื่องมือ” ที่สำคัญอย่างหนึ่ง ของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน โดยจะเข้ามามีบทบาทที่ต่อเมื่อ องค์การตุลาการไม่สามารถนำบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีที่พิพาทได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า “หลักสุจริต” คือหลักกฎหมายทั่วไป³⁶ ที่ศาลอาจนำมาใช้ในการพิจารณาคดีที่พิพาทกัน³⁷ ไม่ว่าจะผ่านทางคดีแพ่ง คดีอาญา หรือ คดีปกครอง ในกฎหมายแพ่งของไทยนั้น มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้กำหนดถึงความสุจริต หรือ “หลักสุจริต” อย่างชัดเจน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อันแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายไทยได้ให้ความสำคัญ กับ หลักสุจริต เป็นอย่างยิ่งในการนำมาเป็นบทสำรองที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักสุจริตจึงมีค่าเทียบเท่ากับเป็นกฎหมายแม่บทระดับเดียวกันกับประมวลกฎหมาย และในส่วนของกฎหมายปกครองนั้น ได้มีการกำหนดในระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 5³⁸ มีสาระสำคัญคือ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบเรื่องใดโดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปจึงมีส่วนสำคัญในการนำมาอุดช่องว่างของวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามนัยแห่ง ข้อ 5 นี้ ซึ่งในทางปกครองนั้น เห็นว่า สามารถนำเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้นที่สามารถมาพิจารณาพิพากษาคดีได้ โดยไม่ได้กล่าวถึง บทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่าง หรือ จารีตประเพณีทางปกครองเลย

³⁶ หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ศาลสามารถใช้ปรับแก้คดีได้ ซึ่งเกิดจากฐานความคิดในการที่สภาแห่งรัฐจะเข้ามาสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ซึ่งนอกจากจะไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ศาลยังอาจสกัดมาจากแนวคำพิพากษาของศาลในอดีต และซึ่งค้นพบโดยศาล Les Principes généraux du droit français (PGD) sont des règles non-écrites de portée générale qui ne sont formulées dans aucun texte mais que le juge considère comme s'imposant à l'administration et à l'Etat et dont la violation est considérée comme une violation de la règle de droit. Ils répondent à critères :
ils s'appliquent même en l'absence de texte ;
ils sont dégagés par la jurisprudence ;
ils sont "découverts" par le juge .

³⁷ Maillot, Jean-Marc, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Paris : Dalloz, 2003, 766 p. ISBN 2-247-05197-9

³⁸ ข้อ 5 วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบใดส่วนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ในการที่จะค้นหาถึงลักษณะทั่วไปของหลักสุจริตว่าเป็นอย่างไรนั้น ในทางวิชาการได้มี นักวิชาการหลายท่านได้เสนอแนวคิดอันอาจอธิบายถึงความหมายและ ลักษณะของหลักสุจริต ได้ ดังนี้³⁹

1. หลักสุจริตมีลักษณะเป็นกฎหมายยุติธรรม

ความหมายของคำว่า ความยุติธรรม หมายถึง ความเที่ยงธรรม ความชอบธรรม ความชอบ ด้วยเหตุผล อันบุคคลผู้มีเหตุผลและมีความรู้สึกผิดชอบเห็นว่าเป็นสิ่งที่ชอบธรรม ซึ่งกฎหมายและความยุติธรรมอาจไม่ใช่สิ่งเดียวกันได้ อาจเป็นคนละความหมายเลยก็ได้ แต่กฎหมายที่ดีนั้นย่อมต้อง นำไปสู่ความยุติธรรม

ปีธากรอส นักปรัชญาชาวกรีก ได้กล่าวว่า ความยุติธรรมคือ จำนวนที่คุณตัวมันเอง หรือ กำลังสอง เพราะกำลังสองเป็นเลขที่สมดุลที่สุด เนื่องจากประกอบขึ้นเป็นส่วนประกอบเท่าๆกันทุก ส่วน ดังนั้น เมื่อความยุติธรรมเป็นจำนวนยกกำลังสอง เพราะเหตุว่าทุกส่วนเท่ากัน รัฐที่ยุติธรรมจึง ต้องเป็นรัฐที่ทุกส่วนเท่ากันหรือเสมอภาคกัน⁴⁰

โสภณ รัตนกร กล่าวว่า ความยุติธรรมอาจหมายถึงความสุจริต ความเป็นธรรม ความชอบ ธรรม ความชอบด้วยกฎหมาย สิทธิตามกฎหมาย และการปฏิบัติหน้าที่ ความยุติธรรมครอบคลุมถึง ความประพฤติทั้งหมดของคนเรา แต่ความยุติธรรมกว้างกว่ากฎหมาย

สุจริตในการทำสัญญาคือความสุจริตของคู่สัญญาคือการกระทำที่สุจริตใจ ความรู้สึกผิด ชอบชั่วดี ความรู้สึกถึงการกระทำที่พึงกระทำหรือไม่พึงกระทำในบทบาทหน้าที่ของตนในขณะนั้น ฉะนั้น ความสุจริตใจของผู้กระทำ คือ การสะท้อนการกระทำของความซื่อสัตย์ ต่อหน้าที่หรือบทบาท ของตนเอง หลักสุจริตคือบทกฎหมายเพื่อความยุติธรรม อันอาจอธิบายได้ว่า ความสุจริตนั้นนำมา ปรับใช้เพื่อแก้ไขความเคร่งครัดและไม่ยืดหยุ่นในตัวบทกฎหมายที่ไม่อาจนำมาตัดสินพิจารณาคดีได้

หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายยุติธรรม ซึ่งเป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาที่จะนำมา วินิจฉัยตัดสินว่าสิ่งนั้นเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม แม้คู่ความจะไม่ยกขึ้นมาอ้างให้อำนาจศาลในการใช้ ดุลพินิจนำเอาความผิดในทางศีลธรรมของสังคมเข้ามามีส่วนให้ความยุติธรรมนี้ตามหลักความเป็น ธรรมซึ่งเป็นบรรทัดฐานของสังคม ซึ่งพบหลักฐานในการนำหลักสุจริตมาใช้ในวิธีสบัญญัติแล้วตั้งแต่

³⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่12กรุงเทพฯ: วิญญชน, น120-121,123,152-156,

⁴⁰ ปรีชา ช่างขวัญอิน. (2549). มนุษย์กับการใช้เหตุผล กรุงเทพฯ : โครงการจัดทำตำราเพื่อการพัฒนาคุณภาพการศึกษาใน ระดับอุดมศึกษา สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา. หน้า 66

สมัยโรมัน โดยปกติแล้ว บทกฎหมายเคร่งครัดนั้น มักจะมีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ และผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน แต่หลักสุจริตนั้นไม่ได้มีการกำหนดองค์ประกอบเอาไว้ในลักษณะที่ว่าหลักสุจริตจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบประการใดบ้าง การใช้และการตีความหลักสุจริตนั้นจึง ต้องมีการพิเคราะห์และนำมาใช้ให้เหมาะสมในแต่ละกรณี ซึ่งศาลสามารถนำมาพิเคราะห์และใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมที่สุดว่า จะต้องเกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อาจกล่าวได้ว่าหลักสุจริตนั้น มีบทบาทหลักในการมาเสริมบทบัญญัตินอกจากที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดไว้แล้ว เช่นเดียวกันกับในส่วนของกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศนั้นย่อมถือว่า เป็นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายปกครองในรูปแบบของคำวินิจฉัยหรือการวางหลักของศาล นอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติโดยองค์กรผู้มีอำนาจโดยตรงนั้นด้วย ซึ่งถือว่าเป็นที่มาที่สำคัญอีกประเภทหนึ่งในคดีปกครองกล่าวคือ ในการพิจารณาพหุภาคีปกครองนั้น ศาลปกครองอาจนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ซึ่งศาลปกครองสามารถนำนิติวิธีใดๆที่เหมาะสมนอกจากที่บัญญัติไว้ในลายลักษณ์อักษรมาตัดสินพิจารณาคดีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ

นอกจากนี้ยังมีสุภาชิตกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตมากมายที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นบทยุติธรรมของหลักสุจริต สุภาชิตกฎหมายที่เกี่ยวกับ “หลักสุจริต (Bona Fide)” มีการคิดค้นกล่าวถึงขึ้นมามากมาย ตั้งแต่ในสมัยโรมัน ที่ยังคงนำมาศึกษาและยึดถือมาจนถึงปัจจุบันนี้ เช่น “ห้ามถือสิทธิที่ได้มาโดยไม่สุจริต (nemo auditor turpitudinem suam allegans)” และมีสุภาชิตกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกันได้แก่

- บุคคลไม่ควรรับประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบของตน (Commodum ex injuria sua nemo habere debet)
- บุคคลจะถือประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบของตนไม่ได้ (Nullus commodum capere de injuria sua propria)
- การก่อความผูกพันตามสัญญาย่อมต้องคำนึงถึงความสุจริตจึงจะเป็นธรรม (Bonum fidem in contractibus considerari aequum est)
- สัญญาที่สร้างขึ้นโดยกลฉ้อฉล กฎหมายไม่รับบังคับให้ (Dolo malo pactum se non servaturum) เป็นต้น

2. เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับ

อธิบายได้คือ หลักสุจริตจะเป็นบทแห่งความเป็นธรรมที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงที่จะหลีกเลี่ยงหลักสุจริตนี้ได้ หรือตกลงกระทำการทุจริตได้ หรือ ทำการยกเว้นการกระทำโดยสุจริตได้ เพราะมีลักษณะเป็นบทบังคับที่เกี่ยวข้องด้วยบทบัญญัติของกฎหมายและเกี่ยวกับเรื่องศีลธรรม ดังนั้น คู่สัญญาไม่สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือทำข้อยกเว้นได้เลย เช่น ทำข้อตกลงว่าไม่ต้องรับผิดชอบหรือชดใช้ถ้าคู่สัญญากระทำการทุจริต หรือ หากมีการก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจ ทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดไม่ได้ เป็นต้น ถ้าเปรียบ”หลักสุจริต” เสมือนการทำสัญญาชนิดหนึ่ง สัญญานั้นก็จะมีผลเป็นโมฆะทันทีหากทำไปโดยปราศจากความสุจริต

3. หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

หลักสุจริตเป็นความรู้สึกลึกซึ้ง ชอบ ชั่วดี ของบุคคลหรือมนุษย์ผู้รู้จักเหตุรู้จักผล ด้วยความมีสามัญสำนึกของมนุษย์เอง อาจมีข้อยกเว้นกับบุคคลบางกลุ่มบ้าง บางประเภท เช่นผู้หย่อนความสามารถทางกฎหมาย ที่อาจพิสูจน์ได้ยากว่าสุจริตหรือไม่ ความมีลักษณะเป็นบททั่วไปนั้น กล่าวได้คือ นำมาวัดถึงความประพฤติของคนในสังคมได้ และนำมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายพิเศษได้บัญญัติไว้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า แท้จริงแล้วหลักสุจริตนี้สามารถนำมาใช้กับกฎหมายในทุกๆสาขา เนื่องจากความสุจริตนั้น คือ ความไม่คิดที่จะทุจริตหรือหลอกลวงคู่สัญญาหรือคู่กรณี คือความบริสุทธิ์ใจในการทำสัญญาหรือในการมีเข้ามาในนิติสัมพันธ์ตั้งแต่เริ่มแรกจนกระทั่งการสิ้นสุดสัญญาหรือสิ้นสุดการมีนิติสัมพันธ์นั้นนั่นเอง คือ ต้องมั่นคงในความสุจริตของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสมอ ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ความสุจริตนั้นมีความสำคัญมาก เราไม่สามารถขาดความสุจริตในการทำสัญญาได้เลย

หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ถูกนำไปใช้ในกฎหมายหลายประเภท หลายสาขา ทั้งสาขาแพ่ง สาขาอาญา สาขามหาชน ในประมวลกฎหมายแพ่งของไทยนั้น มีการบัญญัติไว้หลายมาตราเช่น มาตรา 5 ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง และหลักสุจริตทั่วไป ตัวอย่างของหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย ม. 368⁴¹ เขียนบัญญัติไว้ชัดเจนและนำไปใช้กับแนวทางกับการตีความตามสัญญา การตีความตามสัญญาต้องตีความตามความประสงค์โดยสุจริตของคู่สัญญาหรือตามประเพณี ซึ่ง มาตรา 368 วางหลักไว้ว่า 1. หลักเจตนา ความ

⁴¹ มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใจความว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย

ประสงค์ของคู่สัญญา ตรงกับมาตรา 171⁴² 2. ต้องคำนึงถึงความสุจริตด้วย 3. จาริตประเพณี เป็นต้น ส่วนหลักสุจริตทั่วไป ในมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นดัง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1933/2545 การทำใบกำกับสินค้าต่ำกว่าราคาสินค้าเพื่อช่วยให้ผู้ซื้อ เลี่ยงภาษีศุลกากร ย่อมถือว่าขัดต่อหลักสุจริต

ในส่วนของกฎหมายมหาชน มีการนำหลักสุจริตมาใช้พิจารณาตีปกรองพบทั้งก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง ที่คดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ที่คดียังอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม รวมถึงหลังจัดตั้งศาลปกครอง ศาลปกครองก็นำหลักสุจริตมาพิจารณาตีปกรองเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างเช่น คดีนี้เป็นเรื่องที่เจ้าของที่ดินติดถนนขนาดกลางแต่กว้างไม่เกิน 10 เมตร มีข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครบัญญัติว่า ที่ดินที่ติดถนนกว้างไม่เกิน 10 เมตร จะสร้างตึกแถวจะสร้างชิดแนวเขตมิได้ ต้องสร้างห่างจากกึ่งกลางของถนนไม่น้อยกว่า 6 เมตร อย่างเช่นที่ดินกว้าง 6 เมตร เจ้าของที่ดินจะสร้างตึกแถวล่นเข้าไปอีก 3 เมตร แต่เมื่อล่นเข้าไปแล้วก็เหลือที่ดินไว้สร้างตึกแถวไม่ได้ เพราะตึกแถวอย่างน้อยต้องมี 2 ช่วง แต่กรณีนี้เหลือ 1 ช่วงครึ่ง เจ้าของที่ดินจึงใช้วิธีแบ่งที่ดินออกเป็น 2 แปลง แปลงแรกเป็นลักษณะเส้นกัวยเดี่ยวกว้าง 80 เซนติเมตร เมื่อกรุงเทพมหานครไม่อนุญาต เจ้าของที่ดินจึงฟ้อง ศาลฎีกาตัดสินว่าผู้ฟ้องคดีมีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายของผู้อื่น จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ต่อมาหลังจากที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ก็มีอีกหลายคดีพิพาทที่ศาลปกครองได้นำเอาหลักสุจริต มาพิจารณาตีปกรอง เช่น การนำ “หลักการเชื่อมั่นโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง” หลักการนี้มุ่งคุ้มครองผู้เชื่อมั่นโดยสุจริตใจของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับและตนต้องผูกพันกับคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวคือ แม้คำสั่งทางปกครองที่ผู้นั้นได้รับจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและตราบไต่ที่ยังไม่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยศาลปกครองหรือองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครองมายกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น จะสันนิษฐานก่อนว่าชอบเป็นคำสั่งทางปกครองที่ด้วยกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถไต่ยันแก่ผู้รับคำสั่งที่ได้รับคำสั่ง ณ ขณะนั้นเป็นต้นไป ตามมาตรา 42 พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴³ ฉะนั้น หากผู้รับคำสั่งนั้นเชื่อมั่นโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์ หากทำให้เขาต้องเสียหายจากคำสั่งนั้นจะกระทำมิได้

⁴² โปรดดู มาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴³ มาตรา 42 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คดีนี้ มีข้อเท็จจริงคือ ข้าราชการที่ได้รับอนุมัติให้เบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทาง แต่ภายหลังมีการออกระเบียบแก้ไขอัตราค่าใช้จ่ายโดยปรับลดอัตราค่าใช้จ่ายในการเดินทางลงจากเดิมที่เขาเคยได้รับ หน่วยงานต้นสังกัดจึงมีคำสั่งเรียกเงินคืนข้าราชการผู้ใช้สิทธิ ข้าราชการผู้ใช้สิทธิเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยกรณีดังกล่าวว่า การที่มาตรา 70(4) แห่งพระราชกฤษฎีกา ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2523 ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกา ค่าใช้จ่ายการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 โดยบัญญัติให้ข้าราชการเบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทางกลับประเทศไทยได้ในอัตราที่ลดลงเหลือเพียงหนึ่งเท่าครึ่งของจำนวนเงินเพิ่มพิเศษ และให้พระราชกฤษฎีกามีผลบังคับย้อนหลัง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ พ. 8/2547 ว่า พระราชกฤษฎีกา ดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คำสั่งของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีเบิกเงิน ค่าใช้จ่ายในการเดินทางกลับประเทศไทยในอัตราสามเท่าของเงินเพิ่มพิเศษ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เฉพาะส่วนที่เกินอัตราหนึ่งเท่าครึ่งของจำนวนเงินเพิ่มพิเศษ และถือว่าผู้ฟ้องคดี เป็นผู้ได้รับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้จากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคำสั่งทางปกครองได้เกิดขึ้นแล้วจะมีผลในทางกฎหมายไปจนกว่าจะมีการกระทำทางปกครองอื่นมาลบล้าง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยมาตรา 3 มาตรา 50 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมบางส่วนได้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่การนี้จึงต้องคำนึงถึง ความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดีในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน เมื่อขณะที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอเบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทางกลับประเทศไทยและได้รับคำสั่งอนุมัติผู้ฟ้องคดีไม่ได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องในสาระสำคัญ หรือได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในขณะที่ได้รับคำสั่งหรือการไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ อีกทั้งความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดีได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ใช้เงินอันเกิดจากคำสั่งอนุมัติให้เบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปหมดแล้ว ประกอบกับการเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่อนุมัติให้เบิกเงินค่าใช้จ่ายในการเดินทางกลับประเทศไทยในอัตราสามเท่าของจำนวนเงินเพิ่มพิเศษบางส่วน มิได้เป็นประโยชน์กับสาธารณะแต่อย่างใด ดังนั้น คำสั่งของผู้

ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีคืนเงินส่วนที่อ้างว่าเบิกเกินสิทธิให้แก่ทางราชการ จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวอย่างของการที่ศาลปกครองสูงสุดนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดี จะเห็นว่าศาลปกครองได้นำหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาคดีเป็นสำคัญเช่นเดียวกัน และนอกจากนั้น ยังมีอีกหลักการหนึ่งที่สำคัญมาพิจารณาด้วย คือ หลักความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ (The principle of the protection of legitimate expectation) หลักการนี้คือ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องทำให้ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อมั่นในคำสั่ง และเชื่อมั่นในฐานะและความมั่นคงแห่งองค์กรผู้ออกคำสั่งด้วย

4. หลักสุจริตเป็นบทครอบจักรวาล

ความหมายของคำว่า “ครอบจักรวาล” ในที่นี้หมายความว่า ถึงแม้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้แล้ว หลักสุจริตก็ยังสามารถนำมาใช้เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลได้เสมอและตลอดกาล เช่น ยาคอบจักรวาล ทานแก๊ยาปวดเม็ดเดียว ก็รักษาอาการปวดได้ทั้งร่างกาย นักวิชาการหลายท่านได้เปรียบเทียบว่า หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบ และในกฎหมายทุกสาขา แห่ง อาญา และมหาชน การมีนิติสัมพันธ์ทุกประเภทต้องตั้งมั่น โดยเริ่มต้นจากความสุจริตเสมอ ประเทศเยอรมันเป็นประเทศแรกที่บัญญัติรับรองหลักสุจริตว่าเป็นบทครอบจักรวาล อาจถือได้ว่าความสุจริตเป็นพื้นฐานแห่งการกำหนดความดี ความเหมาะสมความชอบธรรมของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นของมนุษย์ในสังคม จึงสมควรนำหลักสุจริตมาพิจารณาคดีเพื่อผดุงความยุติธรรมให้มากที่สุดโดยศาล

นอกจากนี้หลักสุจริต ยังก่อให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นอีกมากมาย เช่นที่ว่า “บุคคลจะถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ไม่สุจริตไม่ได้” คือ การมิให้บุคคลห้ามถือสิทธิที่ได้มาโดยไม่สุจริตนี้เป็นการมิให้ถือเอาประโยชน์ทั้งประเภท ทั้งก่อนได้รับประโยชน์จากนิติสัมพันธ์ที่ก่อขึ้น ไม่ว่าจะมีความรับผิดชอบตามสัญญา ความรับผิดชอบทางละเมิด รวมถึงการที่จะขอรับรองการใช้สิทธิทางศาล หรือการเข้าใช้สิทธิต่างๆของตน ซึ่งยกตัวอย่างได้ว่า การที่จะขอรับรองการใช้สิทธิทางศาลนั้น เช่นการฟ้องร้องต่อศาล หากตนมีเจตนากระทำการไม่สุจริตมาตั้งแต่ต้น ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของผู้ นั่นก็เป็นการทำลายอำนาจฟ้องของตนเอง เพราะถือว่าตนกระทำการโดยไม่สุจริตทางใดทางหนึ่งของนิติสัมพันธ์นั้น และถือได้ว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสงบเรียบร้อยของประชาชนอีกด้วย ถึงแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ได้กล่าวอ้างในคำฟ้อง หรือ คำให้การก็ตาม แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใด

ฝ่ายหนึ่งที่อุทธรณ์คำพิพากษามีสิทธิที่หยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างในชั้นอุทธรณ์ได้ จึงทำให้มีหลายคดีที่ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกหลักสุจริตขึ้นมาวินิจฉัยคดีโดยที่คู่กรณีไม่ได้กล่าวอ้างในคำฟ้อง คำให้การอันจะกล่าวถึงในบทต่อไป

สำหรับในส่วนของศาลยุติธรรมนั้น ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1687/2551 ปัญหาเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นเรื่องอำนาจฟ้องและเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกายกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) มาตรา 246 ประกอบมาตรา 247

ในส่วนของศาลปกครองก็ได้วางหลัก ให้หลักสุจริตในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปนี้ได้นำมาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาท เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554 ได้วางหลักรับรองไว้ว่า “มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง และหากบุคคลใดใช้สิทธิของตนโดยไม่สุจริต เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเช่นตามที่ปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของตนให้แก่ผู้เสียหายด้วย เห็นได้ว่าผลทางกฎหมายที่เกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายข้างต้น ถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐทั้งระบบ ดังนั้น จึงย่อมใช้บังคับกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทั้งตามสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง” ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ชัดเจนว่า หลักสุจริตเป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐทั้งระบบ และวางหลักการไว้ว่า การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกฎหมายย่อมไม่คุ้มครองให้ รวมทั้งการคุ้มครองตามการผูกพันตามสัญญา ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “สัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Ex maleficio non oritur contractus)” หรือ “สัญญาที่สร้างขึ้นโดยกลฉ้อฉล กฎหมายไม่รับบังคับให้ (Dolo malo pactum se non servaturum)”⁴⁴

5. หลักสุจริตเป็นหลักที่เป็นมาตรฐานความเป็นธรรมในสังคม

เป็นสิ่งที่กำหนดถึงการกระทำที่ดี และเป็นธรรมในสังคมของบุคคล โดยศาลเป็นผู้นำมาให้ปรากฏวัดความเป็นธรรมของสังคมได้ จากการนำหลักสุจริตมาพิจารณาคดีพิพาทนั้น

⁴⁴ ณรงค์ฤทธิ์ เทพฤทธิ์. (2558) หลักกฎหมายปกครอง: ทฤษฎีและปฏิบัติ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บริษัทหลักกฎหมายปกครองวันละเรื่องจำกัด หน้า 104

6. หลักสุจริตมีลักษณะของการปรับใช้ตามความเหมาะสมเฉพาะเรื่อง

ซึ่งหมายถึงการปรับใช้หลักสุจริตนั้นจะขึ้นอยู่กับพฤติการณ์สภาพแวดล้อมของแต่ละคดี แต่ละเรื่อง แต่ละกรณี ซึ่งไม่สามารถกำหนดล่วงหน้าได้ จะปรับใช้ “หลักสุจริต” ก็ต่อเมื่อ มีเหตุที่พิพาทขึ้นแล้วเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องใช้วิจารณ์ญาณ และดุลพินิจในการไตร่ตรอง และพิจารณานำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยให้ได้ความเป็นธรรมอย่างที่สุด

2.1.3 บทบาทและความสำคัญของหลักสุจริต

โดยปกติแล้ว อำนาจตุลาการหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดี ถือว่าเป็นการกระทำทางตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งในผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยผ่านองค์กรตุลาการ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ศาลหรือองค์กรตุลาการจำเป็นต้องตัดสินพิจารณาพิพากษาคดีตามตัวบทอักษร หรือ ตามบทบัญญัติที่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ส่วนกลุ่มประเทศจารีตประเพณีศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีตามบทจารีตประเพณีของแต่ละประเทศ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการนำบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือจารีตประเพณีมาใช้ตัดสินคดี หรือ กรณีที่ศาลไม่พบบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ศาลอาจนำบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาคดีล้วนก็ต่างก็เป็นนิติวิธีที่ศาลพึงจะนำมาใช้ไม่ว่าจะเป็นนิติวิธีใดๆก็ตามที่เหมาะสม สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้พิพากษา ถ้าไม่ยอมตัดสินคดี ซึ่งประกาศใช้มาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1803 โดยประมวลกฎหมายแพ่ง 15 Mars 1803 และยังคงบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน ซึ่งมาตรา 4⁴⁵ ได้บัญญัติไว้ว่า ห้ามศาลปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่บทบัญญัตินั้นไม่บริบูรณ์ไม่ได้ ซึ่งมีสาระสำคัญ เหมือนที่บัญญัติใน ม.134 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า "ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์" ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ศาลจะปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปหลายๆหลัก จึงมีที่มาจากศาล โดยศาลให้เหตุผลว่าเป็นผู้สร้างขึ้นมาจากศักดิ์จากบทบัญญัติลาย

⁴⁵Article 4 Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice

ลักษณะอักษร หรือ อาจเป็นผู้ค้นพบโดยการสกัดจากบทบัญญัติที่บังคับใช้ได้ “หลักสุจริต” จึงถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญมากหลักหนึ่ง ได้รับการยอมรับและนำมาใช้ในนิติวิธีของศาลมาตั้งแต่สมัยโรมันจนถึงปัจจุบัน

บทบาทที่สำคัญที่สุดของหลักสุจริต มีดังนี้ คือ

1. การนำเอาหลักสุจริตมาอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยหลักแล้ว การบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ย่อมเป็นไปได้ที่จะมีการบัญญัติได้ครอบคลุมทุกเนื้อหาหรือทุกกรณี การมีช่องว่างของกฎหมายนั้นนั้นอาจเกิดจากความบกพร่องของผู้ร่างที่นึกไม่ถึง หรือ ในขณะที่บัญญัติกฎหมายยังไม่มีเหตุการณ์นั้นๆ หรือ ผู้ร่างกฎหมายตั้งใจเพื่อศึกษากรณีก่อนคดีพิพาทที่เกิดขึ้นก็ได้ ในส่วนของคดีแพ่งนั้น มีการกำหนดในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยมีสาระสำคัญคือ กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป" ดังนั้น มาตรา 4 คือทางออกหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือนิติวิธี ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ เช่น ในการค้นหาเจตนาของคู่สัญญาในการทำสัญญา การทำสัญญานั้น โดยปกติแล้วสัญญาต้องบังคับไปตามเนื้อหาหรือข้อตกลงที่สอดคล้องหรือตรงกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ตามหลักของการทำนิติกรรมสัญญา แม้เจตนาที่แท้จริงนั้นอาจจะขัดกับข้อความ หรือการกระทำที่คู่สัญญาแสดงออกมาก็ได้ การที่จะค้นหาว่าคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงกันอย่างไร ศาลหรือผู้ตีความต้องพยายามค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาและบังคับไปตามเจตนา ถ้าศาลไม่สามารถค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ เช่น อาจมีปัญหาที่เนื้อหาในสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันเอาไว้อย่างชัดแจ้งและไม่สามารถค้นหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา และหากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะเข้ามาปรับใช้ในกรณีที่เป็นช่องว่างนั้น เครื่องมือที่ศาลสามารถจะนำมาใช้แก้ปัญหาที่คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 ⁴⁶ กล่าวคือ ศาลต้องตีความสัญญา โดยวิเคราะห์ไปตามความประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณี ศาลจะพิจารณาว่า มีปกติประเพณีในการตกลงทำสัญญาหรือในการสร้างนิติสัมพันธ์นั้นๆหรือไม่ หากมีก็บังคับไปตามนั้น และถ้าหากไม่ปรากฏปกติประเพณีใดๆเลย ศาลก็ต้องนำหลักสุจริตมาอุดช่องว่างของสัญญา โดย

⁴⁶ มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พิจารณาว่า บุคคลผู้กระทำการโดยสุจริตจะตกลงหรือมีเจตนาร่วมกันอย่างไรในช่องว่างของสัญญา⁴⁷ ดังนั้น การตีความเพื่ออุดช่องว่างของสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันกำหนดสิทธิหน้าที่กันไว้ในสัญญา ศาลอาจปรับใช้มาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อนำหลักสุจริตหรือประเพณีทางการค้าในการกำหนดสิทธิหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา ก่อน โดยพิจารณาจากปกติประเพณีของการทำสัญญานั้นๆ ก่อน และหากพบเจอก็บังคับไปประเพณีการค้าขายนั้น แต่ถ้าไม่มีปกติประเพณีเช่นนั้นจริงๆ จึงค่อยนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการสร้างเจตนาของคู่สัญญาขึ้นมา โดยพิจารณาถึงหลักสุจริตแล้วจึงบังคับไปตามความประสงค์ในทางสุจริตที่นั่น

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8259/2559

โจทก์กับจำเลยตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งศาลแรงงานกลางพิพากษาตามยอม โดยตกลงกันว่าจำเลยยอมชำระเงินจำนวนหนึ่งน้อยกว่ายอดเงินเต็มตามฟ้องแก่โจทก์ โดยแบ่งชำระ 6 งวด ตามกำหนด และจะชำระโดยวิธีโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากของโจทก์ หากจำเลยผิดนัดงวดหนึ่งงวดใดให้ถือว่าผิดนัดทั้งหมดยอมให้โจทก์บังคับคดีได้ทันทีในยอดเงินเต็มตามฟ้องพร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันผิดนัดเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ การตีความว่าจำเลยจะต้องรับผิดชำระยอดเงินเต็มตามฟ้องจะต้องเป็นไปตามความประสงค์หรือเจตนาอันมีร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วยตาม ป.พ.พ. มาตรา 368 ดังนั้น การตีความคำว่า "จำเลยผิดนัดงวดใดงวดหนึ่ง" ดังนี้จึงหมายถึงกรณีจำเลยจงใจหรือเจตนาผิดนัดชำระหนี้แก่โจทก์ ซึ่งอธิบายได้ว่า คำว่า "จำเลยผิดนัดงวดใดงวดหนึ่ง" จึงหมายถึงกรณีจำเลยจงใจหรือเจตนาผิดนัดชำระหนี้แก่โจทก์ จำเลยชำระเงินให้แก่โจทก์ครบทั้ง 6 งวด ตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ศาลแรงงานกลางพิพากษาตามยอม โดยการชำระเงินงวดที่ 1 ถึงที่ 4 ตรงตามกำหนด การชำระเงินงวดที่ 5 ถึงกำหนดวันอาทิตย์ จำเลยจึงชำระเงินแก่โจทก์โดยวิธีโอนเงินเข้าบัญชีของโจทก์ในวันจันทร์ และการชำระเงิน งวดสุดท้ายถึงกำหนดสิ้นเดือนเมษายน 2556 วันที่ 1 พฤษภาคม 2556 เป็นวันแรงงานแห่งชาติอันเป็นวันหยุดของสถานประกอบการของจำเลย จำเลยจึงโอนเงินงวดสุดท้ายให้โจทก์ในวันที่ 2 พฤษภาคม 2556 อันเป็นโอกาสแรกที่ทำได้ ซึ่งล่วงเลยเวลาที่กำหนดมาเพียง 2 วัน ดังนี้เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์การผ่อนชำระหนี้ของจำเลยโดยตลอดแล้ว ยังไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าจำเลยจงใจหรือมีเจตนาผิดนัดชำระหนี้แก่โจทก์อันเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาประนีประนอมยอมความ โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะบังคับคดีในยอดเงินเต็มตามฟ้อง

⁴⁷ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม www.เพจคำพิพากษาศาลฎีกา.com ,การตีความสัญญา

ส่วนในกรณีของคดีพิพาททางปกครองนั้น โดยปกติแล้ว ศาลปกครองจะไม่นำเอากฎหมาย เอกชนมาอุดช่องว่างในระบบกฎหมายปกครองเนื่องจากพื้นฐานความสัมพันธ์ทางแพ่งเป็น ความสัมพันธ์ที่ทั้งสองฝ่ายมีฐานะที่เท่าเทียมกัน จึงต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ เว้นแต่เสีย ว่าจะปรับหลักกฎหมายเอกชนดังกล่าว ให้เข้ากับหลักปรัชญากฎหมายมหาชน กล่าวได้ว่า ความสัมพันธ์ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองเป็นความสัมพันธ์ที่ฐานะไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายหนึ่งคือรัฐ กระทำกรเพื่อประโยชน์ส่วนรวม รักษาผลประโยชน์ของรัฐ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึง ผลประโยชน์ของฝ่ายเอกชนด้วย ฉะนั้นจึงต้องรักษาดุลยภาพหรือความได้สมดุลระหว่างประโยชน์ สาธารณะกับประโยชน์ของประชาชนในการเข้าทำสัญญาด้วยเสมอ ที่ผ่านมาศาลปกครองได้นำหลัก สัจจติมาพิจารณาพิพากษาคดีอยู่หลายคดีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็คดีพิพาทเกี่ยวกับการออก กฎ ออก คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำกรอย่างอื่นของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ในส่วนของสัญญา ทางปกครองนั้น เนื่องด้วยสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการบริการ สาธารณะเกือบทุกประเภท ดังนั้น สัญญาทางปกครอง จึงเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ฉะนั้น เราพบการมีเอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาหรือการแก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองค่อนข้างมากมายมากกว่าคู่สัญญาในนามของเอกชน ศาลปกครองจึง ต้องเป็นผู้ที่เข้ามาชี้ขาดคดี โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก และขณะเดียวกัน ก็ต้องไม่ เกิดการเอาเปรียบคู่สัญญานามของฝ่ายเอกชนจนเกินไป โดยต้องคำนึงถึงหลักของกฎหมายปกครอง ต่างๆ เช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน⁴⁸ หรือหลักแห่งความเหมาะสม⁴⁹ หรือ หลักแห่งความจำเป็น⁵⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาที่รัฐทำกับคู่สัญญา ในนามของฝ่ายเอกชนค่อนข้างมากกว่าสัญญาทางปกครองประเภทอื่นๆ ในปัจจุบันพบว่า ศาล ปกครองไทยก็ได้นำหลักสัจจติมาพิจารณาคดีพิพาทเช่นเดียวกัน ตัวอย่าง เช่น การนำหลักสัจจติมา พิจารณาถึงการบอกเลิกสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยที่ ไม่ต้องขอความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ตาม หลักเอกสิทธิ์ของสัญญาทางปกครอง แม้ไม่มี

⁴⁸ หากฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องใช้เท่าที่จำเป็น การละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะไม่ ชอบด้วยกฎหมายหากมีขนาดเกินสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและการใช้อำนาจนั้น ต้องสัมพันธ์และได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักกฎหมายที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครอง ต้องนำกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดมาใช้บังคับกับเอกชน, สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความได้สัดส่วน, วารสารนิติศาสตร์, 20, 4, (ธันวาคม 2533), หน้า 99-100.

⁴⁹ หลักความเหมาะสมคือการคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจวิธีการที่รัฐนำมาต้องบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่าง แน่นแฟ้น, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กทพ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538, หน้า 25

⁵⁰ หลักแห่งความจำเป็น คือมาตรการหรือวิธีการหลายอย่างที่ล้วนชอบด้วยกฎหมายและสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ กฎหมายเพื่อประโยชน์ของสาธารณะได้ แต่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกมาตรการหรือวิธีการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุดหรือ กระทบต่อเอกชนน้อยที่สุดซึ่งหลักแห่งความจำเป็นนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่า "ในระหว่างสิ่งทีเลือวยตั้งแต่ 2 สิ่งขึ้นไปจำเป็นต้องเลือก ควรเลือกสิ่งทีเลือวยน้อยที่สุด" อ่างแล้ว, หน้า 84

การบัญญัติถึงหลักเอกลัทธิของฝ่ายปกครองในกฎหมายโดยตรงก็ตาม เช่น คดีพิพาทที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกลัทธิโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.160/2550 ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานทางปกครอง โดยมีวิธี ขั้นตอน และกระบวนการถูกต้องและเปิดเผยตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้ฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ทราบภายหลังว่า คุณสมบัติของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามที่กำหนด โดยเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม ซึ่งส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ ด้วยเหตุเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้องคดีเอง ที่ไม่ได้ตรวจสอบในรายละเอียดอย่างถูกต้อง จึงถือเป็นความประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้องคดี โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้มีเจตนาหรือจงใจก่อให้เกิดความสำคัญผิดนั้นขึ้นเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีเจตนาทุจริต ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีจะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอ้างเหตุแห่งการสำคัญผิดนี้ไม่ได้ ถือเป็นกรกระทำที่ไม่สุจริต

ส่วนบทบาทหลักสุจริตในกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น เราถือว่ารัฐธรรมนูญ เป็นหัวใจของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ในฐานะของ “กติกการปกครองของประเทศ”⁵¹ ซึ่งที่มาก่อนที่จะเป็นรัฐธรรมนูญนั้น หรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ อาจถือได้ว่า สัญญาทางรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาพิเศษ เป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงปลงใจระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองกับประชาชนในฐานะผู้ถูกปกครอง ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “หลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม” ที่เรียกร้องมิให้รัฐในฐานะผู้ตกลงเข้าทำสัญญาทางรัฐธรรมนูญกับประชาชนปฏิบัติหน้าที่ของตนตามอำเภอใจ แต่ต้องกระทำและใช้อำนาจโดยสุจริต เพื่อประโยชน์ของมหาชน เราจะพบ “หลักสุจริต” ในแง่ของการทำสัญญากับประชาชนซึ่งต้องกระทำโดยสุจริตใจ ตามทฤษฎีสัญญาประชาคม⁵² นั่นเอง

⁵¹ พรสันต์ เลี้ยงบุญชัยเลิศ (2559) . หลักสุจริตในระบอบรัฐธรรมนูญ,บทความ,วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์,จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,ปีที่ 46 ,ฉบับที่1(2559) น.149-154.

⁵² สัญญาประชาคม" หมายถึง ทฤษฎีสัญญาประชาคม อันเป็นนัยตามหลักกฎหมายธรรมชาติ มีลักษณะเป็น สำนักของจริยธรรม ที่ผู้ปกครองควรตระหนักถึง สิทธิบางประการที่อยู่ใต้ปกครอง (ประชาคม) ได้ยอมสละไป (อาจเรียกว่ายอมอยู่ใต้อำนาจของผู้ปกครอง) เพื่อความปลอดภัยของตนในสิทธิและเสรีภาพที่ยังคงเหลืออยู่ แนวคิดเช่นนี้เองที่เป็นพื้นฐานของการพัฒนาระบอบประชาธิปไตย โดยตรงจะจากสำนักจริยธรรมดังกล่าว หากมองในมุมกลับกันก็หมายความว่า อำนาจแท้จริงของผู้ปกครองนั้นมาจากประชาชนนั่นเอง ดังนั้นประชาชนควรจะเป็นผู้ที่ใช้สิทธิของตนเลือกผู้ปกครองขึ้นมา และในการนี้วิธีที่เหมาะสมก็คือการใช้เสียงข้างมากในการตัดสินใจ, พรสันต์ เลี้ยงบุญชัยเลิศ, เรื่องเดิม, อ้างแล้ว

2. หลักสุจริตเป็นบ่อเกิดและผลแห่งนิติสัมพันธ์

อาจกล่าวได้ว่าสิ่งที่ถือว่าสำคัญมากต่อความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมสัญญาประการหนึ่ง คือ การแสดงเจตนาของคู่สัญญาของการทำนิติกรรมอันย่อมส่งผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม กล่าวคือ คู่สัญญาต่างต้องมีความประสงค์ในการทำนิติกรรมนั้นในทางสุจริต มีความสุจริตใจในการผูกนิติสัมพันธ์กันขึ้น นิติสัมพันธ์นั้นจึงจะสมบูรณ์แบบเด็ดขาด การมีนิติสัมพันธ์โดยไม่สุจริต หรือฝ่าฝืนหลักแห่งความสุจริตย่อมทำให้นิติกรรม อาจตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะได้ ตั้งแต่เริ่มมีนิติสัมพันธ์ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางแพ่งในการทำสัญญา หรือการกระทำทางปกครองก็ตาม การออกกฎ ออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอง ก็ต้องกระทำด้วยความสุจริต หรือสัญญาทางปกครองก็ยังคงอยู่บนพื้นฐานของการทำสัญญาด้วยความสุจริตเช่นเดียวกัน หากการออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดกับหลักสุจริตก็อาจทำให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่นการออกคำสั่งทางปกครองที่ใช้ดุลพินิจไม่สุจริต หรือ กระทำการไม่สุจริต เป็นต้น

3. หลักสุจริตเป็นเครื่องวัดของการกระทำในกรณีที่มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้น

หลักการนี้ เคยถูกกล่าวไว้โดย บัลดัส (Balduus) นักกฎหมายชาวอิตาลี เขากล่าวว่า วัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมและวัตถุประสงค์อันชอบนี้ ที่กระทำการไปโดยอิสระและความพอใจ ไม่ว่าจะเป็นการโอนทรัพย์สินแก่บุคคลอื่น หรือการใช้สิทธิของตน หรือการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของบุคคล การนั้นจะเป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อวัตถุประสงค์นั้นสอดคล้องกับ หลักสุจริต ต้องตั้งอยู่บนฐานความสุจริต นอกจากนี้มีการกล่าวไว้ในแนววินิจฉัยในกฎหมายโรมันว่า ไม่มีสิ่งใดที่จะสอดคล้องกับหลักสุจริตยิ่งไปกว่าที่ได้ปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้ด้วยใจสมัคร และ โอดิเฟรตัส นักนิติศาสตร์ในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ก็ได้เคยกล่าวไว้ถึงหลักสุจริตว่า บุคคลย่อมผูกพันกันตามหลักสุจริตโดยไม่เพียงแต่ต้องงดเว้นจากการกระทำอันฉ้อฉลเท่านั้น แต่ยังต้องผูกพันตามข้อกำหนดในทางสุจริตที่ตนไม่ได้ตกลงอย่างชัดแจ้งอีกด้วย⁵³ หลักสุจริตจึงกลายเป็นเครื่องวัดของการกระทำว่าการกระทำนั้นชอบหรือสมบูรณ์หรือไม่ อาจอธิบายได้ว่า นอกจากตัวบทกฎหมายแล้ว ศาลอาจพิจารณาถึงความสุจริตของคู่สัญญาแล้วนำมาตัดสินคดีข้อพิพาทได้ ศาลสามารถใช้หลักสุจริตในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยเฉพาะด้วย เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ห้ามนิติวิธีใดๆของศาล เพื่อรักษาความยุติธรรม

4. หลักสุจริตเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยให้ดุลพินิจแก่ศาล

ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเป็นความสัมพันธ์ที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

⁵³ อังแล้ว รศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ (หน้า152)

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและรักษาผลประโยชน์ของรัฐ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงการรักษาคุณภาพหรือความได้สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ในคดีพิพาทสัญญาทางปกครองนั้น พบข้อพิพาทจากการใช้เอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียว ในการแก้ไข ยกเลิก เปลี่ยนแปลงข้อความหรือเนื้อหาในสัญญาทางปกครอง เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวมีจำนวนมากกว่าข้อพิพาทอื่นๆ ที่ผ่านมาศาลปกครองไทยได้นำหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาและยังนำหลักสุจริตมาใช้ตีความตามสัญญาทางปกครอง โดยการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก และขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย เพื่อไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์โดยไม่ชอบ

5. หลักสุจริตเป็นหลักที่ก่อให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมาย

ตั้งแต่ในอดีต ในสมัยโรมัน เราพบหลักฐานทางวิชาการว่า หลักสุจริต ก่อให้เกิดหลักกฎหมายหลายๆหลักที่สำคัญ เช่น หลักความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย เช่น การขายบ้าน ทั้งๆที่ผู้ขายรู้ถึงข้อเท็จจริงว่าบ้านที่ตนกำลังจะขายนั้นจะต้องโดนยึด รวมถึง หลักความสำคัญผิด หรือ การถูกข่มขู่ในการทำนิติกรรม ก็ล้วนแต่มีรากฐานมาจากหลักสุจริตอีกด้วย

เป็นหลักที่ทำให้กระบวนการใช้กฎหมายนั้นให้เข้ากับสังคมปัจจุบันที่มีการพัฒนาในทุกๆด้าน และก่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายที่ช่วยทำให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม

2.1.4 หลักสุจริตในปัจจุบัน

อาจกล่าวได้ว่า ความเป็นมาของหลักสุจริตที่พบเป็นลายลักษณ์อักษรในปัจจุบันนั้น เกิดขึ้นในสมัยโรมัน ประชาติยุโรปเป็นผู้นำแนวคิดนี้มาใช้ โดยเฉพาะสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและสวิสเซอร์แลนด์ ส่วนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ได้มีการรับเอากฎหมายโรมันมาใช้ตั้งแต่ คริสตวรรษที่ 16 การอ้างหลักสุจริตนั้นถือว่าเป็นการอ้างหลักผูกพันตามสัญญาของคู่สัญญา จึงทำให้มีการบัญญัติถึงหลักสุจริต ในประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 157 ที่บัญญัติให้การตีความสัญญาต้องเป็นไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ ถึงปกติประเพณี และมาตรา 242 ที่กำหนดให้ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะชำระหนี้ โดยสุจริตและโดยคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย ซึ่งยังคงบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายเยอรมันนั้นได้ยอมรับถึงบทบาทของหลักสุจริตอย่างชัดเจนและบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ในฐานะที่หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปที่สามารถนำมาใช้ได้แก่กรณีทั้งปวง และต่อมาได้มีการนำหลักสุจริตมาเป็นหลักเสริมที่ช่วยให้สัญญาามีเนื้อหาที่ยืดหยุ่นมากขึ้น เช่นหน้าที่การบอกกล่าวของคู่สัญญา หน้าที่ให้ความร่วมมือ หน้าที่เปิดเผย

ข้อเท็จจริง และอาจนำมาใช้ได้ทั้งก่อนสัญญาและหลังจากทำสัญญาเสร็จสิ้นแล้วอีกด้วย⁵⁴ สำหรับประเทศสวิสเซอร์แลนด์ก็เช่นเดียวกัน หลักสุจริตถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 5 และ มาตรา 9 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ อาจกล่าวได้ว่า หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปที่สำคัญหลักหนึ่ง

ในระบบกฎหมายไทยนั้น เราอาจแบ่งหลักสุจริตออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆคือ หลักสุจริตเฉพาะเรื่องและหลักสุจริตทั่วไป ดังที่ปรากฏอยู่หลายมาตรา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่

1. หลักสุจริตทั่วไป คือ การนำหลักสุจริตมาใช้ได้แก่กรณีทุกกรณีของการมีนิติสัมพันธ์กันของคู่สัญญา โดยตั้งแต่การมีนิติสัมพันธ์กัน โดยมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้สุจริต ไม่ว่าจะเป็นนิติสัมพันธ์ทางแพ่งหรือทางปกครอง ศาสตราจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ กล่าวไว้ว่า หลักสุจริตนั้น เป็นกฎหมายหลักทั่วไป แต่ไม่ใช่กฎหมายทั่วไป มีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม โดยนำหลักมาตรฐานทางศีลธรรม มาควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคม เป็นบทบัญญัติเพื่อความยุติธรรม ที่ไม่สามารถทำให้ความหมายกระจ่างชัดได้ไว้วงหน้า ต้องรอให้ข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อน โดยขึ้นกับพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละคดีหรือข้อพิพาท⁵⁵

ตัวอย่างเช่น มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีใจความว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล ได้อธิบายเกี่ยวกับการใช้สิทธิว่า การใช้สิทธินั้นต้องไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และการใช้สิทธินั้นต้องไม่ก่อให้เกิดบุคคลอื่นเสียหาย และสุดท้ายการใช้สิทธินั้นต้องกระทำโดยสุจริตจึงจะเป็นการใช้สิทธิโดยชอบ เราอาจกล่าวได้ว่า หลักสุจริตนั้น เป็นหลักที่นำมาใช้ในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิหรือชำระหนี้ของตน ถ้าข้อตกลงระหว่างกันมิได้กำหนดรายละเอียดถึงการปฏิบัติต่อกันไว้ ก็ให้ถือเอาความสุจริตเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6454/2558 จากกรณีที่โจทก์ประมาณเงินเล่องลงลายมือชื่อในแบบพิมพ์หนังสือมอบอำนาจที่มีได้เขียนกรอกข้อความและมอบโฉนดที่ดินพิพาทพร้อมหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวกับเอกสารอื่นๆ ให้จำเลยที่ 1 ไป เป็นเหตุให้จำเลยที่ 1 นำเอกสารชุดดังกล่าวมอบให้จำเลยที่ 4 และให้จำเลยที่ 4 เขียนกรอกข้อความลงในหนังสือมอบอำนาจผิดจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของ

⁵⁴ อ่างแล้ว, รศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ

⁵⁵ อ่างแล้ว, ศ.ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์

โจทก์ แต่เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 มิได้รับซื้อที่ดินพิพาทพร้อมสิ่งปลูกสร้างของโจทก์ไว้โดยสุจริต จำเลยที่ 2 และที่ 3 ย่อมไม่อาจยกเอาความประมาทเลินเล่อของโจทก์ดังกล่าวขึ้นอ้างเป็นประโยชน์แก่คดีของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้ เพราะในการรับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวมาเป็นของจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตต้องห้ามตาม มาตรา 5 ป.พ.พ. ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต เมื่อคดีฟังได้ว่าหนังสือมอบอำนาจของโจทก์ที่มอบอำนาจให้จำเลยที่ 4 ทำนิติกรรมขายที่ดินพิพาทพร้อมสิ่งปลูกสร้างเป็นเอกสารปลอม จึงถือได้ว่านิติกรรมซื้อขายดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นและไม่มีผลใช้บังคับ กรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทพร้อมสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของโจทก์ โจทก์ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนจากจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1136 โดยไม่มีกำหนดอายุความ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6799/2558 คดีก่อน โจทก์กล่าวอ้างว่า โจทก์ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาททั้งสองแปลงกับจำเลย ในราคา 450,000 บาท จำเลยตกลงจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาททั้งสองแปลงภายในเดือนมกราคม พ.ศ. 2554 จำเลยได้รับเงินครบถ้วนและส่งมอบที่ดินพิพาททั้งสองแปลงแก่โจทก์แล้ว เมื่อครบกำหนด โจทก์แจ้งให้จำเลยไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทแก่โจทก์ แต่จำเลยเพิกเฉย เท่ากับโจทก์ยอมรับว่า เคยมีการซื้อขายที่ดินพิพาททั้งสองแปลงระหว่างโจทก์กับจำเลยจริง และที่ดินพิพาททั้งสองเป็นของจำเลย แต่คดีนี้โจทก์กลับอ้างว่า โจทก์ทำสัญญาขายที่ดินพิพาททั้งสองแปลงให้แก่จำเลยในราคา 400,000 บาท โดยโจทก์ประสงค์เพียงให้จำเลยถือกรรมสิทธิ์แทนโจทก์ อันเป็นการแสดงเจตนาลวง คำฟ้องคดีนี้จึงขัดกับคำฟ้องก่อน ทั้งเป็นการอ้างข้อเท็จจริงขึ้นมาใหม่หลังจากศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีก่อน อันแสดงให้เห็นชัดแจ้งว่าการฟ้องคดีของโจทก์ในคดีนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

2. หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง คือ การนำหลักสุจริตมาใช้กับเรื่องหรือกรณีเฉพาะเรื่องตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีดังนี้

มาตรา 155 กำหนดให้สัญญาที่เกิดจากการแสดงเจตนาลวงของคู่กรณีตกเป็นโมฆะ แต่กฎหมายจะคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียหาย แต่ถ้าบุคคลภายนอกถึงแม้จะได้รับความเสียหายจากการทำนิติกรรมลวงนั้น แต่หากไม่สุจริต ย่อมหมายถึงบุคคลภายนอกรู้ถึงการฉ้อโกงของการแสดงเจตนาลวงนั้น กฎหมายย่อมไม่คุ้มครองบุคคลภายนอกนั้น ซึ่งมาตรานี้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญอย่างยิ่งของหลักสุจริตในเฉพาะเรื่องที่ทำขึ้นมาจากการแสดงเจตนาลวง

มาตรา 160 กำหนดให้การบอกกล่าวโมฆียะกรรม เพราะถูกกลฉ้อฉล ตาม มาตรา 159 ห้ามมิให้ยกเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกผู้กระทำการสุจริต คือ บุคคลภายนอกที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงใดๆ เกี่ยวกับนิติกรรมที่ทำกลฉ้อฉลกัน

มาตรา 316 เรื่องของความระงับแห่งหนี้ ถ้าการชำระหนี้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อบุคคลผู้ชำระหนี้ได้กระทำการโดยสุจริต

มาตรา 412 ว่าด้วยเรื่องลาภมิควรได้ หากบุคคลใดได้รับเงินใดไว้แล้ว และเงินหรือทรัพย์สินนั้นมิใช่ของตน ก็ถือว่าเป็นลาภมิควรได้ ถือว่าบุคคลผู้นั้นมิใช่เป็นผู้มีสิทธิเก็บเอาไว้ และในการคืนลาภมิควรได้นั้น หากมีผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงมาติดตามเอาคืน บุคคลผู้ซึ่งเก็บเงินหรือทรัพย์สินนั้นต้องคืนให้แก่เขาไป เว้นแต่เมื่อผู้นั้นได้รับไว้โดยสุจริต ก็ให้คืนเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ ณ ขณะเมื่อเรียกคืน

มาตรา 865 บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำประกันภัยของผู้เอาประกันภัยในกรณีของการแจ้งสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของการทำประกันภัย เช่นการแจ้งเรื่องสุขภาพ หรือ สิ่งที่เกี่ยวกับการกำหนดเบี้ยหรือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนผู้เอาประกันภัยต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้แก่ผู้รับประกันภัยตามหลักสุจริต

มาตรา 998 ว่าด้วยเรื่องเช็ค ในกรณีที่ธนาคารผู้จ่ายเงินได้จ่ายเงินตามเช็คขีดคร่อมให้แก่ธนาคารใดธนาคารหนึ่งไปแล้ว หรือ ใช้เงินให้แก่ธนาคารตามที่ขีดคร่อมเฉพาะ หรือในกรณีที่ผู้ทรงนำเช็คของธนาคารอื่นไปฝากเข้าบัญชีธนาคารผู้เรียกเก็บเงิน ธนาคารได้จ่ายเงินให้แก่ธนาคารผู้เรียกเก็บแล้ว แม้ปรากฏในภายหลังว่าผู้ที่ได้เช็คขีดคร่อมนั้น จะไม่ใช่ผู้ทรงที่แท้จริง ธนาคารก็ไม่ต้องรับผิดชอบเพราะธนาคารไม่รู้ถึงว่าผู้นั้นไม่ใช่ผู้ทรงที่แท้จริง

มาตรา 1009 สาระสำคัญว่า ถ้ามีผู้นำตัวเงินชนิดพึงใช้เงินตามเขาสั่งเมื่อทวงถามมาเบิกต่อธนาคาร และธนาคารได้ใช้เงินให้ตามทางคำปกติโดยสุจริตและปราศจากประมาทเลินเล่อ ธนาคารไม่มีหน้าที่ต้องนำสืบว่าการสลักหลังของผู้รับเงินหรือการสลักหลังภายหลังรายใดทำไปด้วยอาศัยรับมอบอำนาจแต่บุคคลซึ่งแอบอ้างเป็นเจ้าของคำสั่งหลังนั้น แม้ว่าจะเป็นการสลักหลังปลอมหรือปราศจากอำนาจก็ตาม ให้ถือว่าธนาคารได้ใช้เงินไปถูกระเบียบ

สำหรับคดีอาญานั้น ได้มีการนำหลักสุจริตมาใช้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2279/2557

“ในคดีมูลละเมิดฐานทำให้โจทก์เสียหายต่อร่างกาย เสรีภาพและชื่อเสียง ตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 นั้นโจทก์จะต้องนำสืบพยานหลักฐานให้ได้ความว่า จำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำให้

โจทก์ต้องเสียหายต่อร่างกาย เสรีภาพ และชื่อเสียงรวมทั้งหากมีการใช้สิทธิทางศาลก็ต้องถึงขนาดที่ว่า จำเลยกระทำการ โดยไม่สุจริต จงใจให้โจทก์ได้รับความเสียหายโดยใช้ศาลเป็นเครื่องมือกำบัง อันจะเป็นกรณีให้เห็นได้ว่าเป็นการกระทำละเมิด แต่จากคำเบิกความของ พยานโจทก์ต่างก็ไม่ได้รู้เห็น ข้อตกลงในการกู้ยืมเงินระหว่างโจทก์กับจำเลย ว่ามีการติดดอกเบี้ยยกันอย่างไร คงรับทราบจากการบอกเล่าของโจทก์ว่าโจทก์ ชำระดอกเบี้ยให้จำเลยในอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 5 ต่อเดือน แม้ว่าโจทก์ จะเบิกความยืนยันว่าในการกู้ยืมเงินจากจำเลยนั้นจำเลยจะติดดอกเบี้ยย ร้อยละ 5 ต่อเดือนโดยชำระค่า ดอกเบี้ยในรูปแบบของแชร์ก็ตาม ก็คงเป็นการกล่าวอ้างลอย ๆ ไม่มีเอกสารหลักฐานที่จะยืนยันได้ว่าเป็นการชำระหนี้ ดอกเบี้ยเงินกู้ในอัตราดังกล่าว พยานหลักฐานจากทางนำสืบของโจทก์ จึงมีน้ำหนัก รับฟังได้น้อย การที่จำเลยไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนก็เป็น การใช้สิทธิตามที่ ป.วิ.อ. มาตรา 2 (7) ให้อำนาจไว้ส่วนการที่พนักงานสอบสวน กระทำการสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดต่อไป ก็เพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด จึงเป็นเรื่องที่พนักงานสอบสวน ได้กระทำไปตาม อำนาจแห่งบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ อันเป็นเรื่องการปฏิบัติงานของพนักงานสอบสวนเอง แม้ต่อมาศาลจังหวัดสงขลา จะพิพากษายกฟ้องในคดีดังกล่าวก็ปรากฏเหตุที่ศาลยกฟ้องว่า กรณีมีความสงสัยตามสมควรว่าข้อความที่จำเลยไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนนั้น เป็นความเท็จหรือไม่ ทั้งการใช้สิทธิของจำเลยแม้หากจะทำให้โจทก์ต้องเดือดร้อนที่จะต้องเข้าสู่คดีก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้สิทธิตามกฎหมายโดยสุจริตของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐาน ละเมิดต่อโจทก์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2845/2556 “การฟ้องคดีต่อศาลตามปกติย่อมเป็นการกระทำโดยชอบ เพราะเป็นการที่จำเลยใช้สิทธิของตนทางศาลอันเป็นสิ่งที่กฎหมายอนุญาต การใช้สิทธิเช่นนี้ไม่เป็นการผิดกฎหมายเว้นแต่จะปรากฏว่าจำเลยกระทำโดยไม่สุจริตการที่โจทก์เคยร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีแก่จำเลยขอหาข่มขู่ ชูเชื้อให้เกิดความกลัว ดุหมิ่นซึ่งหน้าและปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และร้องเรียนจำเลยต่อผู้บังคับบัญชาจำเลยในเรื่องเดียวกัน ย่อมมีมูลทำให้จำเลยเข้าใจได้ว่าโจทก์หมิ่นประมาทจำเลย จึงได้ฟ้องโจทก์เป็นคดีอาญาต่อศาลชั้นต้นในความผิดฐานหมิ่นประมาท มิใช่เป็นกรณีที่จำเลยยื่นเรื่องขึ้นฟ้องโจทก์แต่อย่างใด แม้ศาลจะพิพากษายกฟ้องโดยเห็นว่าการกระทำของโจทก์ไม่เป็นการหมิ่นประมาทจำเลยก็ยังไม่พอฟังว่าการกระทำของจำเลยเป็นการใช้สิทธิอันไม่สุจริตอันจะเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์”

จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยยอมรับหลักสุจริต ทั้งคดีแพ่ง และคดีอาญา รวมถึงคดีปกครอง ซึ่งถือว่า หลักสุจริต เป็นพื้นฐานของกฎหมายทั้งระบบ และผู้วิจัยเห็นว่า หลักสุจริต เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่มีความสำคัญมากต่อกฎหมายทุกสาขา

ในปัจจุบันนี้ ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ มีมติรับหลักการ ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือ ร่าง พ.ร.บ.แก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในเดือน พฤศจิกายน 2561

สาระสำคัญของการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาในครั้งนี้ ประการหนึ่ง คือ การฟ้องร้องระหว่างประชาชนกับประชาชน ศาลมีอำนาจไม่รับฟ้องได้ถ้าศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดีมีเจตนาไม่สุจริตหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงเพื่อกลั่นแกล้งหรือเอาเปรียบผู้ถูกกล่าวหา จึงห้ามโจทก์ยื่นฟ้องคดีนั้นอีก แต่ไม่ตัดอำนาจของอัยการในการยื่นฟ้องคดีนั้นใหม่ การฟ้องเพื่อกลั่นแกล้งกันระหว่างประชาชนกับประชาชน เป็นวิธีการหนึ่งที่อาศัยกระบวนการยุติธรรมเพื่อสร้างภาระหรือกลั่นแกล้งบุคคลอื่น โดยศาลอาจพิจารณาถึงเกณฑ์ความสุจริตได้ ซึ่งในปัจจุบันการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาโดยไม่สุจริตหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงเพื่อกลั่นแกล้งจำเลยอาจเกิดได้ในหลายกรณี

ดังตัวอย่างเช่น การฟ้องจำเลยในข้อหาที่หนักกว่าความเป็นจริงเพื่อให้จำเลยต้องยอมกระทำหรือไม่กระทำการอันมิชอบ หรือ การฟ้องเพื่อคุกคามการใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของจำเลยในการป้องกันตนเองหรือปกป้องประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

ในส่วนของกฎหมายปกครองของไทยนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ใน ข้อ 5 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ใจความคือ วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ในบทบัญญัติที่เป็นหลักสุจริตทั่วไปในกฎหมายปกครองนั้น นอกจาก ข้อ 5 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนกำหนดหลักสุจริตชัดเจนเหมือนเช่นในกฎหมายแพ่ง จะมีที่บัญญัติถึงหลักสุจริต อันอาจเรียกว่าเป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง ที่ผู้วิจัยอนุมานเทียบเคียงกับได้กับหลักสุจริตเฉพาะเรื่องในกฎหมายแพ่ง

คือ มีการกำหนดหลักสุจริตเฉพาะเรื่องในกฎหมายปกครองอันได้แก่ มาตรา 51 พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีสาระสำคัญคือ คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น แม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าประการใดก็ตาม แต่ทำให้ผู้ได้รับคำสั่งนั้น ได้เชื่อโดยสุจริตว่าตนได้รับประโยชน์และใช้ประโยชน์จากคำสั่งนั้นไปแล้ว ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจาก คำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองจะได้รับความคุ้มครองจากหลักการนี้ หลักการนี้คือ “หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งมีที่มาจากหลักการสำคัญหลักการหนึ่งของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลักษณะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป ที่มีรากฐานมาจาก “หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ” ซึ่งหลักนี้ถือว่ารัฐต้องมีหน้าที่คุ้มครองความเชื่อถือของคำสั่งทางปกครองและรับผิดชอบผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่กระทำการแทนรัฐด้วย รัฐไม่ควรออกคำสั่งโดยไม่พิจารณาถึงความถูกต้องของคำสั่งนั้น คำสั่งนั้นต้องมีลักษณะของความมั่นคง และมีลักษณะของการบังคับเด็ดขาด หลักกฎหมายนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายมหาชนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการรับรองคุ้มครองและรับประกันถึงเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และยังแสดงให้เห็นถึงการให้บทบาทความสำคัญกับ “หลักซื่อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben)” ปัจจุบันหลักกฎหมายนี้ได้ถูกนำมากำหนดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 48 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีปี ค.ศ. 1976 ซึ่งถือว่าเป็นที่มาแห่ง มาตรา 51 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539ของไทยด้วย⁵⁶ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นกรณีของหลักสุจริตเฉพาะเรื่องในทางกฎหมายปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองของไทย เราพบคำสั่งศาลปกครองหรือคำพิพากษาศาลปกครองที่นำเอาหลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง รวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายกรณี แต่ศาลปกครองยังนำหลักสุจริตมาใช้ไม่หลากหลาย เมื่อเทียบกับคดีแพ่งตามที่มีการกำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บางคดีศาลปกครองนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างถึงโดยตรง และปรับใช้ตาม มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ชัดเจนใน แต่บางคดีศาล

⁵⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี บทความ “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน (Vertrauensschutzprinzip)”

ปกครอง ไม่ได้อ้างถึง มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน มีเพียงการพิจารณาถึงหลักสุจริต หรือ ความสุจริตของคู่กรณี และไม่ได้กล่าวถึงมาตรา 5 อย่างชัดเจน

ดังตัวอย่างเช่น การคุ้มครองการใช้สิทธิที่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ1090/2559 คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ประมูลซื้อที่ดิน จากการขายทอดตลาด ทำให้ผู้ฟ้องคดีเชื่อโดยสุจริตว่าการซื้อขายที่ดินนั้นถูกต้องแล้ว ต่อมา สำนักงานที่ดินจังหวัดแจ้งว่า การออกโฉนดที่ดินของผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการออกทับซ้อน นส.3ก ของ นาย ร.จึงสมควรเพิกถอนโฉนดที่ดินทับซ้อนนั้น ส่วนพนักงานเจ้าหน้าที่ในการออกโฉนดคณะกรรมการฯให้ยุติเรื่อง เนื่องจากไม่มีเจตนาทุจริต เนื่องจากการออก นส. 3ก ไม่มีการลงระวางไว้ จึงยากแก่การตรวจสอบว่าที่ดินแปลงนั้นมีเอกสารสิทธิอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การออกเอกสารสิทธิ์นี้ คือคำสั่งสั่งทางปกครอง ก่อนออกโฉนดให้แก่เจ้าของที่ดิน พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีหน้าที่ในการออกเอกสารสิทธิ์ที่ดินมีหน้าที่จะต้องตรวจสอบตำแหน่งที่ตั้งของที่ดิน ที่นำมาเป็นหลักฐานการออกเอกสารสิทธิ์ว่าชอบด้วยกฎหมายการครอบครองการทำประโยชน์หรือไม่ และมีการออกเอกสารสิทธิไปแล้ว ทับซ้อนกับที่ดินแปลงอื่นหรือไม่ จากพยานเอกสาร พยานบุคคล ซึ่งปรากฏในฐานสารบบของข้อมูลของที่ดินแปลงนั้น เมื่อไม่ตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ทำให้การออกโฉนดที่ดินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้จึงถือว่าเป็นการกระทำที่ประมาทเลินเล่อของพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้ฟ้องคดีซื้อที่ดินดังกล่าวมาโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนได้รับความเสียหาย จึงเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ที่ซื้อที่ดินดังกล่าวมาโดยสุจริตและเสียหาย ซึ่งคดีพิพาทนี้ ศาลปกครองได้นำหลักสุจริตเฉพาะเรื่องมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี

ในส่วนของคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น มีตัวอย่างเช่น แม้รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าหากเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริตแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาไม่สุจริต แม้จะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าก็ตาม ตัวอย่าง เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ได้ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีให้ทำงานก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กพร้อมถมดินลูกรังบดอัดคอสะพาน โดยกำหนดให้ ใช้ฐานรากแบบตอกเสาเข็ม หลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้แจ้งขอเข้าทำงานที่จ้างและขอรับมอบพื้นที่ ผู้ฟ้องคดีได้ทำการทดสอบชั้นดิน ด้วยวิธีใช้แท่งเหล็กตอกลงไปดินบริเวณที่จะก่อสร้างสะพานตามสัญญาจ้าง และพบว่าไม่สามารถตอกได้ จึงมีหนังสือขออนุมัติ

เปลี่ยนแบบฐานรากสะพานจากแบบตอกเสาเข็มเป็นแบบฐานแผ่ ขอยุติทำงานและขอขยาย ระยะเวลาก่อสร้างตามสัญญา แต่ผู้ผูกฟองคตีเมื่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงแบบฐานรากสะพานตามที่ผู้ฟอง คตีมีคำขอ ผู้ฟองคตีขอให้มีการทบทวน โดยมีได้เข้าทำงานที่จ้างให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดใน สัญญา ผู้ผูกฟองคตี จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ ต่อมาปรากฏว่าผู้รับจ้างราย ใหม่ได้ทำการก่อสร้างโดยใช้ฐานรากแบบตอกเสาเข็มไปได้เพียง บางส่วนก็พบว่ามีหินคาดขวางอยู่ ไม่ สามารถทำได้เช่นเดียวกันกับผู้ฟองคตี ผู้ฟองคตีเห็นว่าตนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่การที่ไม่สามารถ ทำตามสัญญาได้ เนื่องจากผู้ผูกฟองคตี ไม่ได้แก้ไขปัญหากเกี่ยวกับแบบฐานรากให้ การบอกเลิกสัญญา จ้างของผู้ผูกฟองคตีจึงไม่ชอบและทำให้ผู้ฟองคตีได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ผู้ผูกฟองคตีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟองคตี คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าสามารถนำ มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทั้งตาม สัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง โดยอธิบายว่า การใช้สิทธิแห่งตนก็ดี การชำระหนี้ก็ดี บุคคล ทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิ หรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความ คุ่มครอง กล่าวคือ ไม่มีผลสมบูรณ์ทางกฎหมาย นอกจากนั้น หากบุคคลใดใช้สิทธิของตนโดยไม่สุจริต แล้วเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ใช้สิทธิ โดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเช่นที่ ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของตนให้แก่ ผู้เสียหาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายและ ผลทางกฎหมายอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า หลักสุจริต มิได้มีบทบาทเพียงในระบบกฎหมายแพ่งเท่านั้น หากแต่ยังมี บทบาทในระบบกฎหมายทุกสาขา โดยมีการนำมาปรับใช้อย่างต่อเนื่องจวบจนถึงปัจจุบัน

2.2 หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

“สัญญาทางปกครอง” เป็นคำศัพท์ทางกฎหมายเมื่อประมาณยี่สิบปีที่เกิดขึ้นมาใหม่⁵⁷ หลังจากที่มีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย เมื่อปี พ.ศ. 2544 ตามที่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540⁵⁸ กำหนดให้มีศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคดีพิพาททางปกครอง โดยแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม การให้คำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ถือได้ว่าเป็นการให้คำนิยามปลายเปิด เนื่องจากว่าการที่กำหนดว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น อาจต้องพิจารณาหลาย

⁵⁷ สุรพล นิติไกรพจน์. (2560) สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า13

⁵⁸ มาตรา 276 รัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

องค์ประกอบ เช่น องค์ประกอบในแง่ของความเป็นคู่สัญญา ที่คู่สัญญาต้องเป็นฝ่ายรัฐฝ่ายหนึ่ง และ องค์ประกอบในด้านของลักษณะของสัญญาที่มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง การเข้ามาทำสัญญาของรัฐในโลกสมัยใหม่นี้ ที่มีลักษณะกิจการแตกต่างกันออกไป จึงอาจต้องมีรูปแบบของสัญญาให้เหมาะสมกับแต่ละลักษณะแต่ละกิจการด้วย ดังนั้น การให้คำนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” จึงไม่อาจยึดติดกับเพียงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งหรือจำกัดที่ประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น อาจต้องมีการกำหนดเพิ่มเติมตามความเหมาะสมกับยุคกับสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ในปัจจุบันนี้ สัญญาทางปกครอง นับวันจะมีบทบาทและมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อยๆ トラบเท่าที่รัฐยังคงมุ่งตอบสนองความต้องการ ส่วนรวมของประชาชน

2.2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะ มีจุดหมายเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน สัญญาทางปกครองจึงเกิดขึ้นมากมายในปัจจุบันนี้ ด้วยการที่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือร่วมกันกับรัฐ ความเป็นมาของสัญญาทางปกครองนั้น ในระบบกฎหมายไทย เพิ่งเกิดไม่นานนัก จึงมีการรับเอาทฤษฎีของต่างประเทศมาศึกษาและปรับใช้ให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองของไทย ซึ่งได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนนักวิชาการ โดยมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ดังนี้

ก. ทฤษฎีการบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะนั้น⁵⁹ ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร ได้อธิบายว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจกรรมอีกอย่างหนึ่งที่เรียกว่า "การบริการสาธารณะ" (Public Service) คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและประชาชนในอันที่จะได้รับบริการจากภาครัฐในเรื่องที่เอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ กิจกรรม ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้ล้วนแต่เป็นหน้าที่ของรัฐทั้งสิ้น

ในระบบกฎหมายไทยยังไม่พบคำจำกัดความหรือการให้คำนิยามศัพท์ในทางกฎหมายของการบริการสาธารณะ มีแต่การให้ความหมายในทางวิชาการว่า การบริการสาธารณะ คือ กิจการที่อยู่

⁵⁹ Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif, 16 edition, Paris: Dalloz, 1996

ในความอำนวยการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการ ส่วนรวมของประชาชน⁶⁰

จากคำนิยามนี้จึงแยกสาระสำคัญของบริการสาธารณะได้ว่า เป็นกิจการที่อยู่ในหน้าที่ ของฝ่ายปกครอง โดยที่ฝ่ายปกครองอาจอำนวยการทำกิจการนั้นเองในระบบราชการ ด้วยเหตุเพราะ ด้วยลักษณะของกิจการนั้นไม่สามารถมอบให้เอกชนมาจัดทำแทนรัฐได้ เช่นกิจการที่รักษาความ ปลอดภัยทั้งในและนอกประเทศ หรือ กิจการบางประเภทที่รัฐมอบหมายให้เอกชนจัดทำแทนรัฐ รัฐก็ จะมีอำนาจในการกำกับดูแลกิจการนั้น การบริการสาธารณะจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม จึงมี หลักเกณฑ์ที่ใช้ควบคู่กับการบริการสาธารณะ ดังนี้

1. หลักแห่งความเปลี่ยนแปลง (Le principe d'adaptation) หลักนี้อธิบายได้ว่า การบริการสาธารณะนั้นย่อมมีวันเปลี่ยนแปลงได้เสมอ หรือ หลักแห่งความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของ การบริการสาธารณะ ซึ่งความเปลี่ยนแปลงนี้ อาจเปลี่ยนแปลงด้วยความต้องการการบริการ สาธารณะประเภทนั้นในช่วงเวลานั้น พอวันเวลาเปลี่ยนไปการบริการสาธารณะประเภทนั้นอาจไม่ เป็นที่ต้องการหรือมีความจำเป็นอีกต่อไป ถึงแม้ว่าสัญญาที่จัดทำขึ้นมาจะยังไม่ถึงกำหนดเวลาสิ้นสุดลง ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม ผลของความเปลี่ยนแปลงนี้อาจทำให้ต้องยุบหรือยกเลิกองค์กรหรือ มีการรวมกับองค์กรอื่น บุคคลทุกคนหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรือคู่สัญญาเอกชนผู้มีหน้าที่บริการ สาธารณะแทนรัฐหรือร่วมกันกับรัฐ ก็จำเป็นต้องยอมรับหลักแห่งความเปลี่ยนแปลงนี้ เพื่อประโยชน์แห่ง ส่วนรวมเสมอ ยกตัวอย่างเช่น ในอดีต มีหน่วยงานทางปกครองของรัฐหลายแห่งต้องยุบเลิกไป เพราะ ภารกิจอาจไม่ตรงกับความต้องการของคนในยุคสมัยนั้น เช่น องค์กรรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.)⁶¹ องค์กรแบดเตอรี องค์กรฟอกหนัง เป็นต้น ที่ต้องยุบหน่วยงานหรือโอนพนักงานไปอยู่ใน หน่วยงานอื่นแทน หลักแห่งความเปลี่ยนแปลงนี้ยังมีผลต่อคู่สัญญาเอกชนด้วย หากว่าจำเป็นต้องมี

⁶⁰ ศ.ดร.ประยูร กาญจนดุล. (2534) คำอธิบาย วิชา กฎหมายปกครอง, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 108

⁶¹ องค์กรรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ ก่อตั้งเมื่อ พ.ศ. 2496 โดยมีพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2496 มีภารกิจ หลักในการขนส่งสินค้าให้กับหน่วยราชการ โดยเฉพาะในการขนส่งบางประเภท ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง มีข้อบังคับกำหนดว่า การ ขนส่งนั้นต้องดำเนินการโดยองค์กรรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์เท่านั้น ได้แก่ งานขนส่งอาวุธยุทโธปกรณ์ และอุปกรณ์ทางการทหารของ กองทัพอากาศ งานขนส่งอุปกรณ์เครื่องใช้ของสำนักพระราชวัง ฯลฯ และได้มีพระราชกฤษฎีกายุบเลิกฯ เป็นผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 รวมระยะที่องค์กรฯ ดำเนินการมา 53 ปี โดยให้เหตุผลว่ามีปัญหาขาดสภาพคล่อง และมีหนี้สินสะสมกว่า 1,800 ล้านบาท และไม่มีความสามารถในการแข่งขันกับธุรกิจขนส่งของเอกชน

การแก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญา ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต้องยอมรับหลักแห่งความเปลี่ยนแปลงนี้ด้วย และในส่วนของประชาชนผู้ได้รับการบริการสาธารณะสามารถเรียกร้องให้มีการบริการสาธารณะได้ตามขอบเขตเช่นกัน

2. หลักแห่งความต่อเนื่อง (Le principe de continuité) หลักการนี้อธิบายได้ว่า การบริการสาธารณะบางประเภทที่รัฐจัดทำขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการนั้นย่อมมีหลากหลายประเภท เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนที่มีความต้องการแตกต่างกันออกไป การบริการสาธารณะบางประเภทอาจมีความจำเป็นต้องจัดให้มีการบริการแก่ประชาชนอย่างต่อเนื่องตลอดเวลา เช่น การบริการไฟฟ้า ประปา โรงพยาบาล สถานีตำรวจ สถานีดับเพลิง ฯลฯ กิจกรรมเหล่านี้ถือว่าเป็นความจำเป็นต่อประชาชนตลอดเวลา หากขาดไปสักช่วงเวลา หรือชะงักงันไปชั่วคราว ย่อมส่งผลให้แก่ประชาชนได้ แต่กิจกรรมบริการสาธารณะบางประเภทไม่จำเป็นต้องจัดให้มีความต่อเนื่องตลอดเวลาได้ เช่น โรงเรียน ห้องสมุด รถประจำทาง สวนสัตว์ เป็นต้น ฉะนั้นสิ่งสำคัญประการหนึ่งของการบริการสาธารณะที่มีความจำเป็นต้องจัดให้มีต่อเนื่องตลอดเวลา ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนคู่สัญญาเอกชนที่มาจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องดำเนินการจัดให้มีอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ และหลักเกณฑ์นี้ประชาชนย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้มีการบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องได้เช่นกัน

3. หลักแห่งความเสมอภาค (Le principe de l'égalité) หลักการนี้ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติราชการ สำหรับในทางปกครอง หลักแห่งความเสมอภาคนี้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกระทำการทางปกครองโดยปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกัน ในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตาม ลักษณะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดีย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) และการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกันโดย ไม่ เป็นธรรมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม⁶²

หลักเสมอภาคนี้มีผลต่อทั้งในด้านของผู้มีหน้าที่บริการสาธารณะและผู้รับบริการสาธารณะ กล่าวคือ ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติในการทำบริการสาธารณะในทุกมุมของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ เช่น ผู้จัดทำบริการสาธารณะ ผู้รับบริการสาธารณะ และ ผู้ที่จะเข้ามาเป็น

⁶² ปรานี สุขศรี ,บทความวิจัย , หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด :ศึกษาหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค

คู่สัญญาในการทำบริการสาธารณะ รัฐจึงใช้อำนาจด้วยความเสมอภาคต่อ ผู้รับภาระการบริการสาธารณะ โดยวิธีการต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับจะต้องไม่ไปเพิ่มภาระให้กับบุคคลใด เช่นการให้สัมปทานในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การกำหนดรายละเอียดหรือเงื่อนไขต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานตามสัญญาทางปกครอง คือ ดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมและค้ำประกันถึง คุณสมบัติและความสามารถของผู้เข้าประมูลเป็นสำคัญเพื่อให้ผู้ที่เข้าประมูลสามารถกระทำกิจการที่ได้รับ สัมปทานให้สำเร็จลุล่วงตามความต้องการของทางราชการ เพื่อประโยชน์สูงสุดของทางราชการและประชาชน ดังในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2557 เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองสร้างความไม่เสมอภาคในการแข่งขันอย่างเสรีในการประมูลเข้ารับสัมปทานรังนกก็แอ่น โดยมีการกำหนดค่าประกันของในการประมูลอากรรังนกก็แอ่นสูงถึงร้อยละ 75 จากที่ ข้อ 142 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และข้อ 135 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ที่กำหนดอัตราร้อยละ 5 ของวงเงินหรือราคาพัสดุที่จัดหา เว้นแต่เห็นว่ามีคุณสมบัติพิเศษจะกำหนดอัตราสูงกว่าร้อยละ 5 แต่ไม่เกินร้อยละ 10 ก็ได้ โดยที่หน่วยงานทางปกครองได้มีเหตุผลว่าต้องการผู้ประมูลที่มีความมั่นคงทางการเงินเพียงอย่างเดียวเท่านั้นไม่ถือว่ามีเหตุผลที่เพียงพอ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าการกำหนดค่าประกันของประมูลที่สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้น เป็นการสร้างความไม่เสมอภาคในการแข่งขันอย่างเสรี

ข. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน (Theorie de la puissance publique)

การที่หน่วยงานทางปกครองได้เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ นั้น หน่วยงานทางปกครองจึงมีบทบาท 2 สถานะ คือ เป็นคู่สัญญา และเป็นตัวแทนของรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ทฤษฎีนี้สามารถอธิบายได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสมอ เพราะด้วยวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้น มิใช่เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของหน่วยงานทางปกครองนั้น และอำนาจมหาชนนี้ย่อมก่อให้เกิดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมอีกด้วย

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หมายถึงอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะจำต้องให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะจึง

สามารถใช้อำนาจรัฐบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้เพราะรัฐมีหน้าที่ในการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งต่างจากเอกชนที่กระทำการต่างๆเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนผลทางกฎหมายมหาชนรัฐจึงต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชนหรือที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง⁶³

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองที่สำคัญ ตัวอย่างเช่น เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด และเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว เมื่อหัวใจสำคัญประการหนึ่งของการทำสัญญาทางปกครอง คือการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ฉะนั้น เราจึงพบเห็นการมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองที่ปรากฏในสัญญา และแม้ไม่ปรากฏในสัญญาก็ตาม ที่เรียกว่า “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน” เป็นทฤษฎีอันเป็นที่มาของการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทฤษฎีหนึ่ง เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจรัฐที่เป็นใหญ่ รัฐเป็นผู้ถือและกำหนดอำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง ดังนั้น ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม รัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเสมอ ทฤษฎีนี้มาจากระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

บ่อเกิดของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองนั้น เกิดได้จาก

1. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง มีกฎหมายที่กำหนดให้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ดังเช่น มาตรา 22 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้ รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนสัมปทานได้ก่อนครบกำหนดอายุตามสัญญาสัมปทาน และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย หรือ มาตรา 50 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่บัญญัติให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

2. คำพิพากษาของศาลปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองไทยในส่วนที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักรับรองการมีเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองในสัญญาทางปกครองไว้ใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองวางหลักของการใช้เอกสิทธิ์นี้จำต้องสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะที่อาจต้องเปลี่ยนแปลง ผันแปรไปตามหลักแห่งความเปลี่ยนแปลง หรือ หลักแห่งความต่อเนื่อง คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องกระทำการใช้อำนาจมหาชนโดยสุจริตด้วย และหากมีการเปลี่ยนแปลงผันแปรตามหลักเกณฑ์การบริการสาธารณะแล้วย่อมทำให้

⁶³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.(2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 298-301

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากการเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้เอกสิทธิ์นั้นได้อย่าง
ชอบธรรมและเหมาะสม

3. หลักกฎหมายทั่วไป

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น หลักกฎหมาย
ทั่วไปถือเป็นนิติวิธีที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาพิพากษาของศาล ศาลอาจจะนำมาใช้ในการ
พิจารณาพิพากษาคดีได้ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ได้ เช่น หลักกฎหมาย
ทั่วไปเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยที่
เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอม หรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิก
สัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวกรณีของรัฐหมดความจำเป็น ในการบริการสาธารณะ ในคำพิพากษาของ
ศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ได้ยืนยันถึงเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว
ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่า การใช้เอกสิทธิ์นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง แสดงให้เห็นถึง ศาล
ปกครองได้ยอมรับเอกสิทธิ์นี้แม้ไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม ข้อเท็จจริงคือ กรมการขนส่งทางน้ำ
ได้ดำเนินการก่อสร้างท่าเทียบเรือ เพื่อบริการรับส่งผู้โดยสาร โดยให้ อ.บ.จ. สตุลมาตุแลชั่วคราวแต่
อบจ.ได้ตกลงให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือชั่วคราวโดยทำเป็นหนังสือ
ข้อตกลงระหว่างกัน ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้ทำหนังสือขอยกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือเพราะค่าตอน
แทนที่ได้รับต่ำมากและการจัดการได้รับการร้องเรียน โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลยกเลิกสัญญาดังกล่าว
ศาลเห็นว่าการบอกเลิกครั้งนี้ เป็นการบอกเลิกเพื่อให้อายุของข้อตกลงสิ้นสุดลง ผู้ฟ้องคดีจะเรียกร้อง
ค่าเสียหายใดๆไม่ได้ เพราะมิได้เป็นความผิดของฝ่ายใดทั้งสิ้น

ฉะนั้น ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสมอ และที่สำคัญอย่าง
ยิ่งคือการใช้เอกสิทธิ์ที่เหนือกว่านั้น ภายใต้ระบบนิติรัฐ รัฐต้องกระทำการโดยสุจริตเสมอ

ค. ทฤษฎีความสมดุลทางการเงินของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ ฉะนั้นจึงพบว่าใน
สัญญามักจะมีข้อกำหนดต่างๆที่เอื้อประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การ
นำหลักเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่ามาใช้ในสัญญาทางปกครองนั้น อาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจได้รับ
ความเสียหายจากการที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาของรัฐ และอาจถูกบอกเลิกสัญญา หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลง
สัญญาได้ ฉะนั้นแล้วการชดใช้ค่าชดเชยหรือค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ต่างๆเหล่านั้น จึง
ต้องสัมพันธ์และสอดคล้องกับการได้รับผลกระทบของการใช้เอกสิทธิ์นั้นอย่างเหมาะสม และเป็น
ธรรม ทฤษฎีความสมดุลทางการเงินของสัญญาทางปกครองนั้น อาจอธิบายได้ว่า หลักการนี้มุ่งหมาย
ในการที่จะเยียวยาความเสียหายที่คู่สัญญาได้รับความคุ้มครองเต็มที่จากความไม่แน่นอนของสัญญาที่
คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายไม่ต้องยินยอม อาจเรียกได้ว่า

ความแน่นอนของสัญญาทางปกครองคือความไม่แน่นอนอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งอาจผันแปรได้ตลอดเวลา ถ้าสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะ ที่กระทำโดยสุจริต ซึ่งการชดใช้เต็มจำนวนเป็นการทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ที่ต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าภาระที่ตนต้องรับเพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นผลโดยตรงของการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองในนามของรัฐจึงต้องมีหน้าที่ก่อให้เกิดความสมดุลทางการเงินการคลัง หากปราศจากการรับผิดชอบอาจทำให้เป็นการกระทำที่ไม่สุจริตได้ ศาลปกครองจะเป็นผู้มีอำนาจและใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ดังตัวอย่างเช่น

คดีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.465/2556 สัญญาที่พิพาทนี้ทำขึ้นในวันที่ 16 สิงหาคม 2550 กำหนดทำงานแล้วเสร็จในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551 จึงเป็นสัญญาที่ลงนามกันก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2550 และ ณ วันที่ 1 ตุลาคม 2550 ยังคงมีนิติสัมพันธ์ต่อกันอยู่ แต่เมื่อครบกำหนดเวลาตามสัญญาแล้วผู้ฟ้องคดีก็ยังทำงานไม่แล้วเสร็จแต่ผู้ถูกฟ้องคดี ก็ยังไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา แต่ยังคงปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำงานจนแล้วเสร็จและส่งมอบงานให้ผู้ถูกฟ้องคดีเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2551 ถือเป็นการส่งมอบงานงวดสุดท้ายภายหลังจากวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ซึ่งล่วงเลยกำหนดเวลาแล้วเสร็จตามสัญญาเป็นเวลาถึง 118 วัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้หักค่าปรับไว้เป็นเงิน 277,300 บาท สัญญาพิพาทจึงเข้าเงื่อนไข ที่ได้รับความช่วยเหลือตามมติคณะรัฐมนตรีที่ช่วยเหลือคู่สัญญากับทางราชการที่เจอปัญหา ราคาของ น้ำมัน เหล็ก วัสดุก่อสร้างนั้น โดยที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอรับ ความช่วยเหลือในวันที่ 1 สิงหาคม 2551 อันอยู่ในกำหนดเวลา 60 วัน นับแต่วันที่ 17 มิถุนายน 2551 ซึ่งคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในมาตรการช่วยเหลือดังกล่าวเป็นครั้งแรก ผู้ฟ้องคดีจึงปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้โดยถูกต้องและครบถ้วนแล้ว จึงย่อมได้รับความช่วยเหลือโดยต้องขยายระยะเวลาในสัญญาให้เป็นเวลา 180 วัน อันมีผลให้ ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าปรับที่ทำงานล่วงเลยกำหนดเวลาแล้วเสร็จตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องคืนค่าปรับจำนวน 277,300 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามนัยมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นับแต่วันฟ้องเป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จให้แก่ผู้ฟ้องคดี ที่ผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าสัญญาพิพาทเป็นสัญญาจ้างทำของที่ค้ำประกันถึงผลสำเร็จของงาน เมื่อผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จและส่งมอบให้ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างได้จ่ายสินจ้างให้แล้วสัญญาย่อมระงับไป ตามนัยมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของงานตามสัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติภายหลังอายุสัญญาสิ้นสุดลงแล้วแต่ไม่ใช่หลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่จะขยายเวลาสัญญาหรือต่ออายุสัญญาได้ นั้น เมื่อสัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งนิติสัมพันธ์ต้องบังคับกันตามหลักกฎหมายปกครองโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายปกครอง และมาตรการช่วยเหลือคู่สัญญากับทางราชการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นหลักคุณลักษณะทางการเงินในสัญญาทางปกครองซึ่งในสัญญาทางแพ่งไม่มีมาใช้ในการช่วยเหลือคู่สัญญากับทางราชการที่

ประสพภาวะวิกฤตราคาน้ำมัน เหล็กและวัสดุก่อสร้างที่สูงขึ้น อันเป็นเหตุ ที่ในขณะทำสัญญาต่อกันไม่ อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้น และเป็นเหตุไม่ปกติที่ เมื่อเกิดขึ้นแล้วก่อความเสียหายอย่าง ร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนเกินขนาดและนานเกิน กว่าบุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ โดยวิธีการขยายระยะเวลาสัญญาหรือลด หรือคืนค่าปรับฐาน ผิดสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้วแต่กรณี เพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมา และสามารถดำเนินการตามสัญญาอันเป็นบริการสาธารณะได้ต่อไปตามหลักกฎหมายปกครองว่าด้วย บริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง

ง. ทฤษฎีอันมิอาจคาดหมายได้ (La théorie de l'imprévision)

สัญญาทางปกครองเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะจึงต้องอยู่ภายใต้ หลักการบริการสาธารณะเสมอ ไม่ว่าจะเป็นหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการ ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ และหลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะ โดย ทฤษฎีอันมิอาจคาดหมายได้นี้จะนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองบางสถานการณ์เท่านั้น เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ทฤษฎีนี้มีความแตกต่างจากหลักการในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งอธิบาย ได้คือ ในสัญญาทางแพ่งนั้น ถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยที่อาจทำให้การชำระหนี้เป็นพันวิสัยแล้ว แม้มีเหตุ นอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้เกิดความยากลำบาก หรือการปฏิบัติตามสัญญาต้องเสีย ค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดที่คู่สัญญาต้องขาดทุนอย่างหนักเพียงใดก็ตาม คู่สัญญาก็มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม สัญญาต่อไปให้ครบถ้วนจนกว่าจะสิ้นสุดสัญญา แต่สำหรับสัญญาทางปกครองนั้น มีหลักการว่าถ้า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องล้มละลายหรือขาดทุนอย่างหนักด้วยเพราะเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่ เกิดขึ้นนั้นไม่สามารถคาดหมายได้ และไม่ใช่ว่าความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดๆ เลย อันอาจกล่าวได้ว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกระทำการโดยสุจริตในการปฏิบัติตามสัญญานั้นแล้ว แต่เกิดจากเหตุปัจจัย ภายนอกที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ และไม่สามารถป้องกันเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นได้ด้วยคู่สัญญาทั้ง สองฝ่าย ดังนั้น ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ค่าทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ดุลยภาพ ทางการเงินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งทำให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการบริการสาธารณะที่จำเป็น ต่อประโยชน์ส่วนรวมต่อไปได้อย่างต่อเนื่องตามหลักเกณฑ์การบริการสาธารณะ

โดยเงื่อนไขของการใช้ค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามทฤษฎีนี้คือ

1. คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติตาม สัญญาอย่างรุนแรงเกิดขึ้น และเหตุการณ์นั้นเป็นเหตุที่ไม่ใช่เหตุปกติ เช่นเกิดภาวะสงคราม หรืออาจ

เกิดจากภัยธรรมชาติ หรือสถานการณ์ภาวะเศรษฐกิจร้ายแรงโดยไม่รวมถึงการขาดทุนธรรมดาเพราะ
คาดการณ์ผิดหรือไม่ได้

2. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือเจตนาและความคาดหมายของคู่สัญญาที่
คู่สัญญาไม่สามารถขัดขวาง หรือ ห้ามไม่ให้เกิดเหตุการณ์นั้นขึ้นมาได้

3. เหตุการณ์อันมีอาจคาดหมายที่เกิดขึ้นนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการ
ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ความร้ายแรงต้องส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนอย่างหนัก และเป็น
เวลานานเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ โดยศาลจะกำหนดอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนเอาไว้ให้เป็น
ภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนส่วนที่เกินความเสี่ยงที่วิญญูชนจะคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่
ฝ่ายรัฐต้องชดใช้ให้กับเอกชน

4. เหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าต้องมีลักษณะชั่วคราว ส่งผลกระทบแบบชั่วคราว ไม่
มีลักษณะเป็นเหตุการณ์ถาวร

5. เป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความสามารถและการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะป้อง
ปิด ป้องกันหรือขัดขวางได้ แม้ว่าคู่สัญญาเอกชนจะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ตาม

อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีอันมีอาจคาดหมายได้นั้น ส่งผลโดยตรงต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่
ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะต่อไปได้ อันเนื่องมาจากเหตุการณ์อันมีอาจคาดหมายล่วงหน้าได้

บทที่ 3 การนำหลักสุจริตมาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยและต่างประเทศ

ระบบกฎหมายปกครองในต่างประเทศมีพัฒนาการที่ยาวนานกว่าระบบกฎหมายปกครองไทย และปรากฏหลักฐานที่แน่ชัด ในส่วนสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกัน ผู้วิจัยจึงมุ่งศึกษาเปรียบเทียบของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

3.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น (Les Principes généraux du droit : PDG) คือการปรับใช้หรือนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ในคดีปกครอง ซึ่งในช่วงแรกอาจไม่ได้พบบ่อยนักในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง เนื่องจากว่าในระยะแรกของการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีการบัญญัติให้องค์กรตุลาการสามารถนำ หลักเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายมาใช้พิจารณาคดีพิพาททางปกครอง เหมือนดังเช่นคดีแพ่ง ที่มีการบัญญัติให้องค์กรตุลาการสามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปจารีตประเพณี หรือบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมา พิจารณาคดี การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง จึงพบได้ไม่บ่อยนักและไม่หลากหลายเมื่อเปรียบเทียบกับคดีพิพาททางแพ่ง

เนื่องจากว่า คดีพิพาททางปกครองนั้นเป็นความสัมพันธ์อันไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของมหาชน ดังนั้นในการพิจารณาคดีปกครององค์กรตุลาการทางปกครองย่อมต้องอาศัยตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ แต่หากไม่มีบทบัญญัติใดๆจะปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาททางปกครองได้นั้น แต่องค์กรตุลาการสามารถนำนิติวิธีอื่นๆที่เหมาะสมมาใช้พิจารณาได้เพื่อผดุงความยุติธรรม

ในอดีตที่ผ่านมา พบว่ามีการนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง โดยองค์กรตุลาการ เช่น สภาแห่งรัฐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และ ศาลคดีขัดกันแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส การมีวิวัฒนาการในระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น นับว่ามีการพัฒนาที่ยาวนานและเป็นระบบระเบียบอย่างชัดเจน ระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงเป็นต้นแบบของหลายประเทศ รวมถึงระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยด้วย เนื่องจากพบว่าระบบกฎหมายไทยได้นำเอาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมาใช้หลายๆหลัก เช่น

หลักการบริการสาธารณะ หลักแห่งความได้สัดส่วน หลักแห่งความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นต้น ดังจะ
ได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

การก่อกำเนิดหรือวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไป

วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง
ตามองค์กรที่มีบทบาทในการประกาศหรือค้นพบหลักกฎหมายทั่วไป ดังนี้

ช่วงที่ 1. ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นองค์กรแรกที่ประกาศถึงหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมาย
ทั่วไปหลักแรกที่ปรากฏ คือ หลักแห่งความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (Le principe de l'egalite
devant la loi) และนับได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในทางสารบัญญัติอีกด้วย อาจเป็น
เพราะองค์กรตุลาการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมักจะยึดตามตัวบทกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดี
อย่างเคร่งครัด การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นนิติวิธีที่ศาลนำมาปรับใช้ไม่
บ่อยนัก ดังตัวอย่างเช่น หลักสุจริต ที่ถือว่าเป็นพื้นฐานในระบบกฎหมายแพ่ง ศาลยุติธรรมก็ไม่
นำมาใช้ไม่บ่อยนักในอดีต เนื่องจากว่าศาลยุติธรรมสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญ กับหลัก
สัญญาต้องเป็นสัญญา pacta sunt servanda อันเกิดขึ้นจากคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน ยกเว้น
ศาลปกครองที่พอจะหย่อนกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่
คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถแก้ไขสัญญาที่ทำได้ ถ้าจำเป็นเพื่อประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะ และ
เพื่อประโยชน์ส่วนรวม

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้นั้น ปรากฏในคดี Boubeau เมื่อ 9 พฤษภาคม ค.ศ.
1913 ต่อมา 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1933 ในคดี Benjamin⁶⁴ มีการประกาศถึงหลักแห่งความได้
สัดส่วน (Le principe de proportionnalité) ในเสรีภาพในการรวมตัวกันของประชาชนหรือชุมนุม
สาธารณะ (La liberte de reunion) คดีนี้มีสาระสำคัญคือ นายเบนจามิน ได้เคยกล่าวถ้อยคำที่เป็น
การดูหมิ่นเหยียดหยามครูที่สอนในโรงเรียนที่ไม่ขึ้นต่อศาสนาใดๆ หรือไม่เป็นผู้นับถือศาสนาใดๆ ใน
บทความของตนหลายๆ ครั้ง เมื่อสมาคมการท่องเที่ยวแห่งเมือง Nevers ได้เชิญนายเบญจามินมากล่าว
ปาฐกถาในงานประชุมทางวรรณกรรมของตนนั้น นายกเทศมนตรีเมือง Nevers เกรงว่าการมาของ
นายเบญจามินอาจทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นในเมือง อาจเกิดการชุมนุมของคณะครูที่ไม่

⁶⁴ CE, 19 Avril 1933, Benjamin, Rec p.541

พอใจได้ นายกรัฐมนตรีจึงออกคำสั่งโดยอาศัยรัฐบัญญัติ 5 เมษายน 1884 ห้ามมิให้จัดการประชุม ฟังการแสดงปาฐกถาของนายเบญจมิน นายเบญจมินจึงร้องต่อสภาแห่งรัฐ ยกเลิกคำสั่งของ นายกรัฐมนตรีว่าเป็นคำสั่งโดยมิชอบ สภาแห่งรัฐได้ประกาศหลักแห่งความได้สัดส่วนว่า การมา แสดงปาฐกถาของนายเบญจมินนั้นไม่ได้มีความร้ายแรงถึงขนาดที่เทศบาลจะไม่สามารถรักษาความสงบได้ คำสั่งยกเลิกการแสดงปาฐกถาของนายเบญจมินจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต่อมาสภาแห่งรัฐได้นำเอาหลักแห่งความได้สัดส่วนมาพิจารณาถึงเสรีภาพในการรวมตัวชุมนุมในที่สาธารณะเพื่อการประท้วง (La liberté de manifestation) เช่น คดี Union des syndicats ouvriers de la region parisienne CGT ค.ศ. 1954⁶⁵ มีการรวมตัวของสหภาพแรงงานที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยอย่างรุนแรงได้ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งนครปารีสจึงมีอำนาจสั่งห้ามมิให้มีการประท้วง แรงงานครั้งนี้เกิดขึ้นได้

ต่อมา 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1944 ปราบกฏหลักความเสมอภาคในการจ่ายภาษีและค่าบริการทางสาธารณะ L'egalite devant l'impot et les charges publiques และ 5 เมษายน ค.ศ. 1944 คดี Veuve Trompier-Gravier หลักแห่งการโต้แย้งสิทธิ (Les principe des droits de la defense) ในคดี Aramu เมื่อวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1945 สภาแห่งรัฐ ได้ยืนยันการนำหลักกฎหมายแห่งการโต้แย้งสิทธิของคู่กรณีก่อนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง มาพิจารณาคดีเช่นเดียวกันกับคดีของนาง Veuve Trompier-Gravier.

ในช่วงนี้หลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏและได้รับการยืนยันและยอมรับจากสภาแห่งรัฐอย่างชัดเจน ถึงการนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาพิจารณาคดี แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ดังนั้น ในยุคนั้นสภาแห่งรัฐเป็นผู้มีบทบาทเพียงองค์กรเดียว

ช่วงที่ 2 ช่วงหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

ในช่วงหลังจากที่สาธารณรัฐแห่งฝรั่งเศสได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. 1958 นั้น นอกจากสภาแห่งรัฐ แล้ว อีกองค์กรหนึ่งที่มีส่วนสำคัญของการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายฝรั่งเศสคือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁶⁶ ซึ่งแท้จริงแล้วความเป็นมาขององค์กรตุลาการ

⁶⁵ CE,19 fevrier 1954, Union des syndicats ouvriers de la region parisienne CGT ค.ศ. 1954 CGT,Rec.p.113

⁶⁶ ผู้มีหน้าที่หลักมีให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

Article 56, Le Conseil Constitutionnel de la Francaise

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le

รัฐธรรมนูญนั้น ได้มีการกล่าวถึงองค์กรที่ควรจัดให้มีขึ้นมาเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตั้งแต่ ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับแรก เมื่อปี ค.ศ. 1979 แต่เนื่องจากถูกโต้แย้งจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ หากองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมากระทำการโดยไม่เหมาะสม ก็ยากที่จะควบคุม ดังนั้น จึงยังไม่มีมีการกำหนดองค์กรนี้ขึ้นมา

ต่อมา รัฐธรรมนูญ ฉบับ ปี ค.ศ. 1958 ได้มีการกำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ ทั้งก่อนและหลังประกาศใช้ รวมถึงหลักกฎหมายที่ปรากฏสอดแทรกอยู่ในคำปรารภที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 และหลักการพื้นฐานต่างๆที่บัญญัติและปรากฏในรัฐบัญญัติต่างๆของสาธารณรัฐ และยังรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

ดังนั้น จึงส่งผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นองค์กรที่สำคัญ องค์กรหนึ่งที่ค้นพบและประกาศหลักกฎหมายทั่วไปที่แทรกอยู่ในส่วนต่างๆ ของเนื้อหาที่ได้กล่าวข้างต้น แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นจะไม่ใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” แต่จะใช้ คำว่า “หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายของสาธารณรัฐ” (Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République หรือ PFRLR)⁶⁷ ซึ่งหมายถึง การยอมรับการมีอยู่ของหลักกฎหมายนั้น โดยการตีความตามถ้อยคำของรัฐธรรมนูญว่ามีหลักกฎหมายนั้นแทรกอยู่ เป็นต้น

คดีแรกที่ปรากฏการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1969 คือ การประกาศยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในการรวมตัว (Le principe de la liberte d'association) โดยเป็นการรองรับว่าสิทธิการรวมตัวเพื่อประโยชน์ในวิชาชีพนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังประกาศให้หลักกฎหมายนี้มีค่าบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากว่า หลักนี้ได้ถูกรับรองและปรากฏในอารัมภบทแห่งรัฐธรรมนูญ

Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

⁶⁷ เอกสิทธิ์ วินิจกุล.(2561). การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดี,บทความวิชาการ,วารสารสำนักงานศาลปกครอง ,ปีที่3ฉบับที่1(ม.ค – มี.ค).

ในยุคนี้จึงมีทั้งสภาแห่งรัฐ และตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นผู้ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองได้ปรากฏขึ้น ในช่วงที่ทั้งสององค์กรต่างค้นพบและประกาศหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นการจัดลำดับชั้นของหลักกฎหมายทั่วไปจากทั้งสององค์กรต่างกัน เช่น หลักแห่งความเสมอภาค (Principe de l'égalité) โดยสภาแห่งรัฐผู้ประกาศและกำหนดให้มีค่าเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติ (loi) ตามที่ได้ปรากฏในเนื้อหาสาระตามรัฐบัญญัตินั้น แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดให้หลักกฎหมายเดียวกันนี้มีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญตามที่เนื้อหาหรือสาระสำคัญของหลักกฎหมายนี้ได้สกัดออกมาจากรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ทั้งสององค์กรอ้างหลักกฎหมายเดียวกันแต่กลับมีค่าบังคับที่แตกต่างกัน ในยุคนี้จึงเริ่มมีคำถาม และ ข้อถกเถียงทางวิชาการถึงค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปว่าจะควรมีค่าบังคับอยู่ในระดับใด

ความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป

ศาสตราจารย์ **Benoît Jeanneau**⁶⁸ แห่งมหาวิทยาลัยปารีส II ได้ให้ความหมายว่า หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองนั้น คือ กฎเกณฑ์พื้นฐานที่ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ผู้พิพากษาสกัดเอามาจากจารีตทางกฎหมายในประเทศนั้นๆ ที่มีและใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยลักษณะสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น มี สาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. มีการนำหลักนั้นมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีโดยปราศจากการมีฐานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ils s'appliquent même en l'absence de texte)
2. หลักการนี้หรือหลักกฎหมายทั่วไปนี้ได้ถูกสกัดหรือนำพามาโดยผู้พิพากษา (ils sont dégagés par la jurisprudence)
3. เป็นหลักเกณฑ์ที่สกัดจากกฎหมายที่มีอยู่โดยผู้พิพากษาและเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับหรือหลักปฏิบัติในสังคม (ils sont "découverts" par le juge à partir de l'état du droit et de la société à un instant donné, comme étant sous-jacents dans un état du droit existant.)

⁶⁸ B. Jean-neau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative [note bibliographique] Revue internationale de droit comparé Année 1956 8-1 pp. 172-17

ในยุคนี้ นักวิชาการและนักกฎหมายมีความคิดเห็นเกี่ยวกับที่ศาลหรือองค์กรตุลาการที่นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาตีปกรองนั้น โดยแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกที่ยืนยันความคิดเดียวกับ Jeanneau ว่าผู้พิพากษาคือผู้ค้นพบ มิใช่ผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไป เช่น Morang

ส่วนกลุ่มที่สอง Chapus เป็นผู้เสนอแนวคิดว่า หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ผู้พิพากษามิใช่เป็นเพียงผู้ค้นพบแต่ผู้พิพากษาคือผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปทางปกรองขึ้นมาต่างหาก อันเกิดจากเจตนารมณ์ของผู้พิพากษานั้นเอง ซึ่งความเห็นทั้งสองกลุ่มนี้ต่างได้รับการสืบทอดทางความคิดมาถึงระบบกฎหมายปกรองในปัจจุบันด้วย

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า องค์กรผู้มีบทบาทในการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกรองในประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้แก่

1. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องในทางปกรองในช่วงแรกนั้น มักเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการทำงาน โดยมีหลายหลักการด้วยกัน เช่น หลักกฎหมายแรงงานและเกี่ยวกับสิทธิของผู้ใช้แรงงาน หลักกฎหมายเกี่ยวกับสภาพแรงงาน หลักกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันสุขภาพหรือความปลอดภัยของคนทำงาน การประกันสุขภาพของผู้ตั้งครุฑ สิทธิในการหยุดงาน เป็นต้น ดังตัวอย่างเช่น การประท้วงโดยการหยุดงาน ซึ่งแต่เดิมนั้นบุคลากรภาครัฐหรือข้าราชการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่สามารถหยุดงานเพื่อประท้วงได้ เนื่องจากว่าการบริการสาธารณะนั้นเป็นหน้าที่หลักของข้าราชการหรือบุคลากรภาครัฐ ไม่มีบทบัญญัติใดๆ ให้หยุดงานพักงานเพื่อประท้วงได้ (les fonctionnaires n'eurent pas le droit de faire grève. Ce n'est pas que la loi l'interdisait expressément) ดังนั้น ข้าราชการหรือบุคลากรภาครัฐ จึงไม่มีสิทธิประท้วงได้และไม่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเลย ตามที่สภาแห่งรัฐได้เคยมีคำพิพากษาไว้ เมื่อ ปีค.ศ. 1909 ในคดี Winkell⁶⁹ ต่อมาสภาแห่งรัฐได้ยืนยันถึงการไม่มีสิทธินี้ในคดี Demoiselle Minaire ในปีค.ศ. 1937 ถือว่าการนัดหยุดงานของข้าราชการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่สามารถกระทำได้โดยชอบ และตัดสินเช่นนี้ตลอดมา

ต่อมาในปี ค.ศ. 1946 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 4 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ภาคอารัมภบท (Préambule) de 1946 ย่อหน้าที่ 8⁷⁰ ได้มีการ

⁶⁹ CE, 7 août 1909, Winkell, Lebon, p. 826 : « la grève résulte d'un refus de service concerté entre les fonctionnaires et que par conséquent elle constitue un acte illicite.

⁷⁰ du huitième alinéa du Préambule de 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »

กล่าวถึงสิทธิแก่ประชาชนอันอาจกล่าวได้ว่าการนัดหยุดงานเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนผู้ใช้แรงงานหรือกลุ่มผู้ทำงาน⁷¹ แต่อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงสิทธิแห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ตามที่ปรากฏในคำปรารภต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับอย่างชัดเจน ตามที่การบัญญัติแห่งการรองรับสิทธิต่างๆโดยกฎหมายอันเป็นหน้าที่ของรัฐสภาในมาตรา 34 รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958⁷² จึงจะถือว่าชอบด้วยกฎหมาย เช่น การนัดหยุดงานเพื่อประโยชน์แห่งวิชาชีพนั้นๆ หรือ การนัดหยุดงานในกิจการบริการสาธารณะบางประเภทที่สำคัญที่ต้องจัดให้มีอย่างต่อเนื่องไม่อาจทำได้เลย อาจกล่าวได้ว่าการนัดหยุดงานสามารถกระทำได้โดยมีเงื่อนไข ดังนั้น จึงถือว่า หลักกว่าด้วยเสรีภาพในการรวมเพื่อประโยชน์ในวิชาชีพได้ถูกยอมรับและประกาศโดยตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ

ต่อมา 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1950 ในคดีของ Dehaene สภาแห่งรัฐ ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาของ Dehaene ในเรื่องของ “หลักแห่งความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ” สภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ว่า ข้าราชการหรือบุคลากรภาครัฐสามารถมีสิทธิหยุดงานตามสิทธิเสรีภาพทั่วไปที่กำหนดไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 เพื่อเรียกร้องสิทธิประโยชน์ในวิชาชีพของตนได้ แม้ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม และฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารต่างก็มีอำนาจในการกำหนดบทบัญญัตินี้ จนในปี ค.ศ. 1979 เกิดการประท้วงของบุคลากรภาครัฐในภาคการสื่อสารทางสื่อวิทยุและโทรทัศน์ โดยได้ยื่นเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาถึงความชอบทางสิทธิของการนัดหยุดงานของข้าราชการหรือบุคลากรภาครัฐ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 โดยได้รับรองถึงสิทธิการนัดหยุดงานของบุคลากรภาครัฐหรือข้าราชการสามารถกระทำได้โดยมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

ต่อมา สิทธิการนัดหยุดงานนี้จึงถูกรับรองโดยกฎหมายรัฐบัญญัติ⁷³ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 ที่กำหนดให้ข้าราชการหรือบุคลากรภาครัฐหยุดงานได้ ยกเว้น บางอาชีพที่ไม่สามารถหยุดเพื่อประท้วงได้เลย เช่น ทหาร หรือ แพทย์ พยาบาล เป็นต้น นับว่าเป็นเวลาเกือบ 50 ปี หลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. 1946

⁷¹ Laurence Gay, Les droits-créances constitutionnels, Bruylant, 2007

⁷² Article 34, Le Constitution de la republique Francaise du 4 octobre 1958.

La loi fixe les règles concernant : -du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

⁷³ Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics

2. สภาแห่งรัฐ เนื่องจากสภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครอง โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่ค้นพบโดยสภาแห่งรัฐนั้น ถือว่ามีความสำคัญมากในการพัฒนาให้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น โดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาทดแทนความไม่สมบูรณ์ครบถ้วนของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยองค์กรตุลาการ และสามารถพัฒนาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ต่อไป หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่สภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำมาปรับใช้นั้น ตัวอย่างเช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน หลักแห่งความเสมอภาค หลักสุจริต เป็นต้น

หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น หลายประเภท ตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองของหลักกฎหมายนั้นๆ ตัวอย่างเช่น

1. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพ (La liberté) เช่น เสรีภาพในการเดินทาง⁷⁴ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น
2. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาค (l'égalité) เช่น ความเสมอภาคในการอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมาย (L'égalité tous devant la loi) ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ (l'égalité des usagers devant le service public),⁷⁵ ความเสมอภาคในการสอบเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น
3. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความปลอดภัยและความมั่นคง (la sécurité) เช่น หลักว่าด้วยความมั่นคงแห่งนิติสถานะ (un principe de sécurité juridique)⁷⁶ เป็นต้น
4. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองความมั่นคงแก่ประชาชน เช่น สิทธิในการยื่นขออุทธรณ์จากคำสั่งทางปกครอง สิทธิที่จะได้รับคำสั่งทางปกครองอย่างเป็นธรรมโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลาง เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่าการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ปรากฏครั้งแรก แต่ไม่เป็นที่ชัดเจน เมื่อปี ค.ศ 1903 ในคดี Picard และปรากฏชัดเจนขึ้นมีการกล่าวถึง

⁷⁴ ตัวอย่างของหลักกฎหมายประเภทนี้ได้แก่ เสรีภาพในการเดินทาง (la liberté d'aller et venir) ตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ(ที่ประชุมใหญ่) คดี Peltier ลงวันที่ 8 เมษายน 1987, การได้รับการศึกษาโดยไม่คิดมูลค่า (la gratuité de l'enseignement) ตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Asso. Laïque d'élèves des états de l'Office univ. et culturel fr. pour l'Algérie ลงวันที่ 27 เมษายน 1987.

⁷⁵ CE (Conseil d'État), Sect, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Recueil Lebon. p. 151, GAJA (Grands arrêts de la jurisprudence administrative) n° 67

⁷⁶ CE, 2006, KPMG et autres :Aux quatre entreprises internationales de prestations de services (cabinet d'audit, de conseil, de commissariat aux comptes et d'expertise comptable) ayant une base en France

หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่ไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1944 สมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)⁷⁷ ในคดี Dame Veuve Trompier-Gravier⁷⁸ กล่าวคือ นาง Veuve Trompier-Gravier เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้เปิดบูทจำหน่ายหนังสือพิมพ์ที่ boulevard Saint-Denis เมืองปารีส ซึ่งเป็นกฎของสภาจังหวัดที่กำหนดให้บุคคลที่มีความประสงค์จะจำหน่ายบนเขตพื้นที่สาธารณะจะต้องขออนุญาตให้เป็นผู้จำหน่ายได้ ซึ่งนาง Veuve Trompier-Gravier ได้ติดต่อยื่นขอใบอนุญาตและได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายหนังสือพิมพ์และวารสาร ในบูทจำหน่ายสินค้าบนพื้นที่สาธารณะ ต่อมานาง Veuve Trompier-Gravier ได้ถูกเพิกถอนใบอนุญาต เหตุเพราะนางทำผิดกฎโดยผู้ว่าการจังหวัดจึงได้มีคำสั่งยกเลิกใบอนุญาตแก่นาง Veuve Trompier-Gravier โดยปราศจากการโต้แย้งหรือแสดงเหตุผลของนาง Veuve Trompier-Gravier เท่ากับว่า คำสั่งทางปกครองนี้ออกโดยปราศจากการโต้แย้งชี้แจงแสดงเหตุผลหรือข้อเท็จจริงใดๆ ของผู้ที่จะต้องรับคำสั่งทางปกครอง สภาแห่งรัฐจึงมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งยกเลิกใบอนุญาตของผู้ว่าการจังหวัด อันอาจเรียกได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบัน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้มีสิทธินี้ โดยนำเอามาจาก กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมันเป็นหลัก ถือว่าเป็นกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้ไม่มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่มีกฎหมายลูกบทที่กำหนดถึง วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ของ เจ้าหน้าที่ ซึ่งได้ตัดสินว่าการที่บุคคลใดจะถูกคำสั่งลงโทษจากฝ่ายปกครอง บุคคลผู้นั้นควรมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากข้อกล่าวหาที่ทำให้ตนอาจถูกลงโทษได้ โดยบุคคลนั้นต้องมีสิทธิเข้ารับรู้และตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างเพื่อลงโทษตน รวมตลอดจนมีสิทธิที่จะเข้าชี้แจงเพื่อต่อสู้โต้แย้งข้อกล่าวหาที่ฝ่ายปกครองยกขึ้นอ้าง หรือเรียกว่า เป็นสิทธิในการต่อสู้คดี droits de la defense มาจากหลักกฎหมายทั่วไปของการมีสิทธิต่อสู้คดี (Les principe des droits de la defense) ซึ่งในขณะนั้นไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ (Les principes generaux applicables meme en l'absencer de text) ซึ่งมาจากหลักสิทธิต่อสู้เพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง (Les principe du respect des droits de la defense)

⁷⁷ P.-L.Frier,J.Petit,Precis de droit administrative,coll.Domat,Montchrestien 8eme edition 2013,,P108.

⁷⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี Veuve Trompier-Gravier ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1944

ต่อมาในปีค.ศ.1945 ใน คดี Aramu⁷⁹ อดีตเจ้าหน้าที่ตำรวจของชาติ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ยืนยันและใช้หลักการ “การมีสิทธิต่อสู้คดี” (Les principes des droits de la defense) ในคดีนี้มีหลักการเช่นเดียวกัน ว่าบุคคลใดก็ตามที่จะถูกออกคำสั่งลงโทษจากหน่วยงานทางปกครองได้ บุคคลนั้นย่อมต้องมีสิทธิในการโต้แย้งแสดงข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดีหรือขอล่าหาเสมอ และในคดีต่อมา สภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาในหลายคดีที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่าสิทธิในการต่อสู้คดีเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป โดยมีลักษณะของการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น การออก กฎ ออกคำสั่งทางปกครอง

ผู้ที่มีบทบาทในการนำเสนอหลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คือ ฌอง โดมาร์ (Jean DOMAT) และ ปัวตีเยร์ (Robert Joseph Poitier)⁸⁰ โดมาร์เป็นนักกฎหมายและนักวิชาการในสมัยพระเจ้าหลุยส์ ที่ 14 เขาได้เขียนตำราพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง Les lois civiles dans leur ordre naturel⁸¹ เขาอธิบายว่าหลักสุจริตว่าเป็นหลักการที่สำคัญยิ่งของการทำสัญญา⁸² สัญญาต้องเกิดขึ้นและปฏิบัติตามความสุจริตของคู่สัญญาเสมอ ความสุจริตใจในการทำสัญญาเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง (La bonne foi necessaire dans les conventions, n'est bonne a ce qui regarde les contractants; ils la doivent aussi a tout ce qui peuvent avoir a interet a ce qui ce passe entre eux, dans le contrat.) และกล่าวกันว่า เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการร่างกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 โดยหลักการของโดมาร์ ก่อให้เกิดหลักสุจริตโดยนำพาคำว่า สุจริต มาบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 1134 วรรค 3 ในลักษณะสัญญาด้วย

Poiter ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย Orleans เป็นผู้สืบทอดเจตนารมณ์และแนวความคิดของโดมาร์ เขาเขียนตำราและบทความวิชาการหลายเรื่อง และที่สำคัญคือ ตำราวาดด้วยลักษณะสัญญาซื้อขาย เมื่อปี ค.ศ. 1761 ซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญของ หลักสุจริตในสัญญาซื้อขาย

หลักสุจริต ถือว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายแพ่งลักษณะสัญญา⁸³ รวมถึงลักษณะอื่นๆอีกหลายลักษณะด้วย เช่นความรับผิดชอบทางละเมิด ได้แก่ มาตรา 1138 เดิมที่ถูกยกเลิกเป็นมาตรา

⁷⁹ CE, L'arrêt le 26 octobre 1945 , Aramu

⁸⁰ La biographie de Poitier Malaurie

⁸¹ Monsieur Carre, Les lois civiles dans leur ordre naturel,Oeuvres de J.Domat.Tome III, P.356-357.1822

⁸² Jean DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel.P.26.

⁸³ Francois Campagnola, Bonne foi et loyauté en droit des contrats.16 septembre 2016.

1240⁸⁴ โดย Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 เมื่อ ปี 2559 , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะครอบครัว มาตรา 201 ที่กำหนดให้คู่สมรสนั้นต้องกระทำการสมรสอย่างสุจริต⁸⁵ มาตรา 2274 มาตรา 2275 การครอบครองทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องเกิดขึ้นโดยสุจริต⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยลักษณะหนี้ มาตรา 1112 – 1112-2 ที่กำหนดให้หนี้ที่เกิดจากสัญญานั้นต้องกระทำการโดยสุจริต⁸⁷ ประมวลกฎหมายคุ้มครองแรงงาน มาตรา 1222 กำหนดให้สัญญาจ้างแรงงานต้องกระทำขึ้นด้วยความสุจริต⁸⁸ มาตรา 1222-2 วรรค 3 กำหนดให้ลูกจ้างต้องสุจริตในการให้ข้อมูลอันเป็นจริงที่สำคัญต่อการจ้างงาน และในส่วนของกฎหมายลักษณะสัญญา มาตรา 1134 วรรคสาม โดยมีสาระสำคัญที่กำหนดให้การปฏิบัติตามสัญญาต้องกระทำการโดยสุจริต⁸⁹ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงในระบบกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เห็นถึงความสำคัญของหลักสุจริตของคู่สัญญาเพราะมีการบัญญัติคำว่าสุจริตอย่างชัดเจน ต่อมาได้มีการยกเลิกมาตรานี้ ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2560 โดย มาตรา 2 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016⁹⁰ มาตรา 1104⁹¹ โดยยังคงมีสาระสำคัญถึงความสุจริตของคู่สัญญาในการทำสัญญา ที่

⁸⁴ Art 1240, Code civil

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

⁸⁵ Art 201, Code civil

Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux.

⁸⁶ Art 2274 Code civil

La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver

⁸⁷ Art 1112 Code civil

L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

⁸⁸ Art 1222, Code du travail

Le contrat de travail est exécuté de bonne foi

⁸⁹ Code civil (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) Art 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

⁹⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

Article 2 Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public.

⁹¹ Art 1104, Code Civil

บัญญัติเพิ่มเติมไม่เฉพาะแต่การปฏิบัติการในชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้น แต่ได้เพิ่มข้อความคือ คู่สัญญานั้นต้องกระทำการโดยสุจริตตั้งแต่เริ่มกระบวนการก่อนทำสัญญา จนถึงขั้นตอนการร่างสัญญา การทำสัญญา และ การดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้กระทำนั้น ทั้งหมดต้องเกิดขึ้นโดยสุจริต โดยแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับ ความสุจริตของการทำสัญญา เป็นอย่างยิ่ง และศาลสามารถนำหลักสุจริต มาพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งได้ ถึงแม้คู่ความมิได้ร้องขอถึงประเด็นนี้ก็ตาม ตามคำพิพากษาของศาลเช่น Cass. 3e Civ., 16 Octobre 1973 (ศาลสูง) , Civ. Iere, 23 Janvier 1996(ศาลชั้นต้น), Cass. civ. 3e, 20 octobre 2004 (ศาลสูง) เป็นต้น

ในวรรคสองของมาตรา1104 ซึ่งได้บัญญัติว่าเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การแพร่หลายของหลักสุจริตในกฎหมายต่าง ๆ นี้เป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลในประเทศเยอรมันหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง⁹² จะเห็นได้ว่า หลักสุจริต มีบทบาทสำคัญในการนำมาพิจารณาคดี และได้บัญญัติอยู่หลากหลายลักษณะในระบบกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.1.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประเทศไทยได้รับเอาระบบกฎหมายปกครองมาจากประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากว่าระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้นมีการพัฒนาการที่เป็นระบบอย่างต่อเนื่องยาว ในส่วนของสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกัน แต่เดิมในสมัยที่อยู่ในการปกครองของนโปเลียน ก่อนที่จะมีการปฏิวัติฝรั่งเศส กิจการของประเทศนั้น จะเป็นอำนาจของนโปเลียนผู้เป็นพระมหากษัตริย์ ในยุคนี้จึงยังไม่พบว่ามี การเกิดระบบสัญญาทางปกครอง มีลักษณะของ “การอนุญาต” ให้เอกชนเข้ามาจัดการกิจการบางอย่าง เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นในรูปแบบของสัญญา เช่น การให้เอกชนแจกจ่ายน้ำประปาตามบ้านเรือน การก่อสร้าง หรือการให้เอกชนทำเหมืองแร่ เป็นต้น ต่อมาหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1789 ได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาหลายฉบับ เช่น LA LOI DU 28 PLUVIOSE AN VIII ประกาศใช้เมื่อ 17 FEVRIER 1800 ที่กำหนดให้สัญญาบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองส่วนภูมิภาค แยกต่างหากจากศาลยุติธรรมอย่างชัดเจน⁹³ เช่นสัญญาการให้เอกชนมาก่อสร้าง

Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi

⁹² พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2556). หลักสุจริตในกฎหมาย,วารสารจุลนิติ,พย-ธ.ศ2556,หน้า44.

⁹³ La loi du 28 pluviôse an VIII , 17 FEVRIER 1800 ,Art. 4. Le conseil de préfecture prononcera : Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de tra-

สิ่งที่เรียกว่าเป็นงานโยธาสาธารณะ แต่ก็ยังมีได้กำหนดว่าสัญญาอันเป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง พบเพียงการกำหนดข้อพิพาทของประเภทของสัญญาบางประเภท ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งผู้ร่างกฎหมายอาจมีความหมายเป็นนัยว่า คดีพิพาทประเภทนี้ควรจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองมากกว่าศาลแพ่ง และมีการกำหนดถึงศาลปกครองส่วนภูมิภาค กำหนดจำนวนองค์คณะของศาลปกครองส่วนภูมิภาคให้มีสัดส่วนตามที่เหมาะสมในแต่ละเมือง ซึ่งมีจำนวนที่ไม่เท่ากันทั้งประเทศ และกำหนดเขตอำนาจหน้าที่ ดังนั้น จึงมีแค่การแบ่งประเภทของสัญญา หรือ นิติกรรมบางประเภทที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมขึ้นครั้งแรก ในปี ค.ศ 1873 เมื่อศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (Le tribunal des conflits) ได้วินิจฉัยคดีเด็กหญิง Agnès Blanco⁹⁴ ที่ถูกรถของโรงงานยาสูบเมืองบอร์กโดว์ ชับชน ระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ นาย Jean Blanco ผู้เป็นพ่อจึงมีการเรียกร้องค่าเสียหายเกิดขึ้นที่ศาลยุติธรรมเมืองบอร์กโดว์ ซึ่งคดีนี้จึงเกิดคำว่า “บริการสาธารณะ” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสขึ้น ซึ่งอันเป็นการแยกอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ส่งผลให้แยกประเภทของคดีที่เป็นการบริการสาธารณะของรัฐกับเอกชนนั้น จะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งคดีนี้ได้ส่งผลต่อแนวความคิดแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน แต่ในขณะนั้น นักวิชาการ ยังคงค้นหาความหมายและลักษณะของการบริการสาธารณะ คดีต่อมาที่ถือว่าเป็นคดีที่ส่งผลต่อ แนวคิดของการแยกประเภทของสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองนั้น คือ คดี ของนาย Terrier ในปี ค.ศ. 1903⁹⁵ จากคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี โคลมีเออ (Romieu) ที่เป็นการกำหนดว่าการกระทำหรือสัญญานั้นมีลักษณะของการบริการสาธารณะหรือไม่ ถ้ามีลักษณะของการบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการบริการสาธารณะอำนาจเพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือในรูปแบบของสัญญา ถือว่าสิ่งเหล่านั้นมีลักษณะระดับประเทศหรือระดับท้องถิ่น และไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบของการใช้เป็นการดำเนินการทางปกครอง ศาลปกครองจะเป็นผู้พิจารณาคดี⁹⁶ โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานอันเป็นการบริการสาธารณะ ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นๆที่รัฐและฝ่าย

vaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché ;

⁹⁴ L'arrêt Blanco est un arrêt rendu en France le 8 février 1873.

⁹⁵ 3 CE, 6 กุมภาพันธ์ 1903, Terrier.

⁹⁶ อ้างแล้ว, ศ.ดร.นนทวัฒน์ บรมานันท์

ปกครองทำขึ้นที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ สัญญานั้นเป็นสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน และศาลก็ใช้แนวเรื่องของการบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกในการพิจารณาคดี และ ต่อมาได้พัฒนาโดยมีการนำเกณฑ์อื่น ๆ ที่มาร่วมในการวินิจฉัยแยกสัญญาทางปกครองออกด้วย เช่นเกณฑ์ “ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากข้อกำหนดในสัญญาตามกฎหมายทั่วไป” (La Clause exorbitante de droit commun) เป็นต้น ซึ่งแต่เดิม ในยุคนี้ สภาแห่งรัฐได้ใช้เพียงคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” เท่านั้น โดยสภาแห่งรัฐได้กำหนดและยกตัวอย่างถึงลักษณะของความเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะ เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองชี้แนะและควบคุมคู่สัญญา ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว ข้อกำหนดที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียว ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองบังคับคู่สัญญาให้อยู่ในภาระจ่ายมอบต่อบุคคลภายนอกได้ เป็นต้น

ประเภทของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (le contrat administrative par la jurisprudence)

คือ ลักษณะของสัญญาที่ศาลวินิจฉัยว่าโดยสภาพแล้วเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากไม่มีการกำหนดโดยกฎหมายระบุถึงลักษณะหรือประเภทสัญญานั้นว่าให้เป็นสัญญาทางปกครอง การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น โดยพิจารณาจาก

1. พิจารณาจากคู่สัญญา

1.1 สัญญาที่คู่สัญญาเป็นนิติบุคคลมหาชนทั้งสองฝ่าย โดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เป็นผู้วางหลักไว้ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งนิติบุคคลมหาชนนั้นได้แก่ 1.รัฐ 2.องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เขตปกครองเทศบาล (communes) เขตปกครองจังหวัด (départements) เขตปกครองภาค (régions) องค์การปกครองที่ตั้งขึ้นโดยเฉพาะ (collectivités à statut particulier) องค์การปกครองดินแดนโพ้นทะเล 3.องค์การมหาชน (établissements publics: EP) เป็นนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน (personne morale de droit public) ที่ได้รับเงินอุดหนุนจากเงินทุนของรัฐ โดยให้มีหน้าที่ ดำเนินงานที่เป็นการรักษาประโยชน์ส่วนรวม ในการจัดการด้านบริการสาธารณะ (chargée de la gestion d'un service public) และ 4.กลุ่มเพื่อประโยชน์

สาธารณณะเฉพาะด้านที่รัฐจัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายเฉพาะด้าน⁹⁷ แต่ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่า เพื่อประโยชน์ทางมหาชนด้วยหรือไม่ ซึ่งไม่ใช่ทุกกรณี จะเป็นสัญญาทางปกครองต้องเป็นการ ดำเนินการในวิธีการจัดการทางมหาชน เท่านั้น

1.2 สัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อ ต้อง พิจารณาหลักเกณฑ์ร่วมดังนี้ คือ สัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชนเท่านั้น (L'acte de gestion publique) หรือ พิจารณาจากเนื้อหาในสัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษหรือ ข้อตกลงที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง หรือ การทำบันทึกท้ายสัญญามีเงื่อนไข พิเศษหรือข้อกำหนดพิเศษ⁹⁸ (Le cahier des charges) และต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วย ว่า เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริหารสาธารณณะโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณณะ หรือ สัญญามีลักษณะมอบให้คู่สัญญามีหน้าที่ดำเนินการบริการสาธารณณะทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการบริการสาธารณณะในทางปกครอง เป็นต้น

1.3 สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน กรณีนี้เป็นไปได้น้อยมากที่สัญญาจะมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครอง แต่ในอดีตที่ผ่านมา ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยคดี *societe entreprise Peyrot ค.ศ.1963*⁹⁹ เป็นสัญญาระหว่างบริษัทเอกชนผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนทำกับ ผู้รับเหมาก่อสร้างแกรายหนึ่งเพื่อสร้างทางด่วนลักษณะคล้ายกับสัญญารับก่อสร้างช่วง โดยพิจารณา ว่าสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการก่อสร้างทางอันเป็นการบริการสาธารณณะเป็นการทำเพื่อประโยชน์ โดยตรงของรัฐ ต่อมาคำวินิจฉัย มีลักษณะเป็นตัวแทนและการมอบอำนาจทางปกครอง การทำ สัญญาเป็นการกระทำในนามของนิติบุคคลมหาชน หรือเป็นการทำแทนโดยปริยาย ศาลปกครอง วินิจฉัยโดยใช้ ทฤษฎีตัวแทน ซึ่งคดีพิพาทลักษณะนี้เกิดขึ้นไม่บ่อยนัก¹⁰⁰

เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขของสัญญาทางปกครองโดยสภาพแล้วนั้น นอกจากจะพิจารณาจาก คู่สัญญาแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาประกอบกันด้วยคือ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องมีการบริการ สาธารณะ และในเนื้อหาของสัญญาต้องพบการระบุให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วย

⁹⁷ Jean-Pierre Gridel , La personne morale en droit français, Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. pp.495-512

⁹⁸ หมายถึง เอกสารของทางราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาฝ่ายปกครอง ในเรื่องสิทธิหน้าที่หรือเรื่องอื่น ๆ ของคู่สัญญาไว้ เพื่อเป็น แนวทางให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยมักใช้เอกสารดังกล่าวเป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา

⁹⁹ TC 8 juillet,1963.Peyrot

¹⁰⁰ CE 30 mai, 1975,Roussel

ลักษณะของการมีเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง

อาจกล่าวถึงนัยของคำว่า “เอกสิทธิ์” แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่อาจมีในข้อกำหนดที่ระบุถึงข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษมากไปกว่าข้อกำหนดที่มีในสัญญาธรรมดาทั่วไป ซึ่งแต่เดิมนั้น สภาแห่งรัฐได้ใช้คำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ” ได้ดังนี้คือ จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้นั้นมีหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักถึงลักษณะของเอกสิทธิ์ไว้ ในคดีต้นแบบ คือ คดีบริษัท Societe des granits porphroides ค.ศ. 1912 เป็นสัญญาที่จัดขึ้นเพื่อซื้อหินปูพื้นของเทศบาลเมืองลีสและบริษัทจัดจำหน่ายหินแกรนิต โดยมีสาระสำคัญคือ สัญญานี้ทำขึ้นมาเพื่อซื้อหินแกรนิตเพื่อนำมาปูถนน แต่ทางบริษัทเอกชนได้จัดส่งสินค้าให้ล่าช้าเกินกว่าที่ระบุในสัญญาจึงทำหนังสือเพื่อทำการปรับจึงเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นเนื่องจากว่าบริษัทไม่เห็นด้วยในการปรับของเทศบาลเมืองลีส เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัญญานี้จะเป็นเพียงสัญญาจัดซื้อวัสดุธรรมดาศาลปกครองจึงปฏิเสธที่จะรับคำฟ้องไว้ในการพิจารณา โดยศาลปกครองได้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่า “สัญญาที่มีข้อกำหนดหรือข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อกำหนดในสัญญาธรรมดาทั่วไป ถือเป็นสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายทั่วไปเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่ทำให้คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง”¹⁰¹ ต่อมาในปี ค.ศ. 1950 คดีสัญญาค้าประกันเงินกู้เพื่อก่อสร้างโรงงานผลิตปายไม้อัดโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเศรษฐกิจแห่งชาติ กับ Monsieur Stein โดยรัฐมนตรีปฏิเสธคำประกันเงินกู้ให้แก่ Monsieur Stein ตามข้อตกลงที่ทำไว้ เมื่อปี ค.ศ. 1947 ตามกฎที่ออกใน ปีค.ศ. 1941 ศาลปกครองพิจารณาว่า ในคดีนี้ข้อตกลงมิได้มีเนื้อหาพิเศษกำหนดแตกต่างไปจากสัญญาธรรมดาทั่วไป เป็นข้อตกลงในทางแพ่ง จึงมีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ในคดีนี้ เราพบคำว่า “ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในกฎหมายแพ่ง” เพิ่มเติม โดยต่อมาได้มีคดีพิพาทที่ศาลได้เพิ่มลักษณะของการมี “เอกสิทธิ์หรือข้อกำหนดพิเศษ” ในสัญญาทางปกครอง ในปี ค.ศ. 1999 เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองขอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่อาจกำหนดได้ตามกฎหมายแพ่ง เพราะโดยลักษณะของสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาน้อยกว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งทั่วไป¹⁰² เป็นต้น

¹⁰¹ การบรรยายวิชาการเรื่องข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อสัญญาทั่วไป,วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 19ฉบับที่4(ตุลาคม-ธันวาคม2562)

¹⁰² Marion UBAUD-BERGERON, Droit des contrats administratifs, Lexisnexis 2017,p109.

ต่อมา ศาลคดีขัดกัน ได้วางหลักในคดี บริษัท แอกซ่า ฟร็องซ์ อีอาร์แอลค์แดร์¹⁰³ สัญญาเช่าพื้นที่อาคารของเทศบาลกับสมาคมกีฬาที่สมาคมกีฬาได้ทำการเช่าอาคารของเทศบาล ตามมาตรา 1311-2¹⁰⁴ กฎหมายว่าด้วยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ที่กำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำสัญญาเช่าระยะยาวในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดใน มาตรา L 451-1 กฎหมายว่าด้วยชนบทและการทำประมง ได้¹⁰⁵ โดยสาระสำคัญคดีคือ สัญญาเช่านี้เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ศาลปกครองพิจารณาว่าสัญญาเช่านี้ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาเช่าระยะยาวทางปกครองเพราะสัญญานั้นไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะที่ตอบสนองความต้องการส่วนรวมหรือทำเพื่อสาธารณะประโยชน์ จากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันนั้น แสดงให้เห็นถึงการมีข้อกำหนดพิเศษในข้อตกลงหรือการแสดงเอกลักษณ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองนั้นต้องสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะด้วยเสมอ

2. สัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย (le contrat administratif par la loi)

สัญญาประเภทนี้ กฎหมายไม่ได้ระบุตรงๆว่าให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่มีการกำหนดในกฎหมายว่าเป็นสัญญาที่หากมีข้อพิพาทแล้ว จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง จึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ดังนั้นสัญญาประเภทนี้จะมีลักษณะเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะมีการกำหนดแล้วว่าให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง อันได้แก่

2.1 สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (Les marchés publics) อาจเรียกได้ว่าเป็นการดำเนินการทางการค้าในรูปแบบของสัญญา¹⁰⁶เพื่อให้ได้มาซึ่งการจัดหาทรัพย์สินหรือการบริการซึ่งกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย¹⁰⁷ อันอาจได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะหรืองานก่อสร้างทางมหาชน (Les marchés de travaux publics) เช่นการก่อสร้างหรือการซ่อมแซมอาคารที่เป็นสิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม หรือ สัญญาที่จัดซื้อตามความต้องการของหน่วย

¹⁰³Tribunal des conflits, No C3963, 13 Octobre 2014, *la société AXA FRANCE IARD*

¹⁰⁴ Article 1311-2 , Code général des collectivités territoriales 2 janvier 2020.

¹⁰⁵ Article L451-1, Code rural et de la pêche maritime au 11 janvier 2020.

¹⁰⁶Code de marchés publics

Art 2. Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

¹⁰⁷ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Art. 3 Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

รัฐ เช่น สัญญาซื้อเครื่องมือทางการแพทย์ หรือ สัญญาจัดจ้างบริการ เช่นการบริการขนส่งข้าราชการ เป็นต้น

2.2 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ¹⁰⁸ (Les contrats de concession) คือสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐในหน้าที่ของรัฐที่ต้องบริการให้แก่ประชาชนตามรัฐกำหนดว่าด้วยการทำสัญญาสัมปทาน วันที่ที่กำหนดให้ลักษณะของสัญญา 2016 มกราคม 29 สัมปทานบริการสาธารณะที่ทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับองค์กรอื่นเป็นสัญญาทางปกครอง

2.3 สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Le Marces de traveaux publics)¹⁰⁹ คือการก่อสร้างเกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงหรือสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ ซ่อมแซมอาคารเพื่อใช้ในการบริการสาธารณะใช้สำหรับส่วนรวม เป็นต้น

2.4 สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (Le contrat d'occupation du domaine public)¹¹⁰ คือสัญญาที่รัฐให้เอกชนมาครอบครองที่ดินของรัฐเพื่อแสวงหาประโยชน์ เช่น สัญญาให้ใช้ประโยชน์ครอบครองพื้นที่ของรัฐ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดินในมาตรา L2331-1¹¹¹ เช่น ทางเดินสาธารณะ หรือ ส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟ ส่วนหนึ่งของสวนสาธารณะ ซึ่งเอกชนอาจจะเช่าเพื่อทำการค้า เป็นต้น ในประมวลฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

¹⁰⁸ Article 3. Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

Les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

¹⁰⁹ LA LOI DU 28 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession - Article 3PLUVIOSE AN VIII

¹¹⁰ Article L2331-1Code général de la propriété des personnes publiques

¹¹¹ Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs :

1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ;

2° Au principe ou au montant des redevances d'occupation ou d'utilisation du domaine public, quelles que soient les modalités de leur fixation ;

3° Aux contraventions de grande voirie, conformément à l'article L. 774-1 du code de justice administrative ;

4° A la location et à l'administration des établissements d'eaux minérales sur le domaine de l'Etat ;

5° Aux baux emphytéotiques passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, conformément au 4° de l'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales ;

6° Aux baux emphytéotiques passés par les établissements publics de santé, conformément à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ;

7° Aux baux emphytéotiques passés par l'Etat ou ses établissements publics conformément à l'article L. 2341-1.

2.5 สัญญาร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (Les contrats des partenariats) เป็นการทำสัญญา รูปแบบใหม่อีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า (partenarait public-privé:ppp) ตามที่กำหนดใน (l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics) รัฐกำหนด 23 กรกฎาคม ค.ศ 2015 การทำสัญญาในรูปแบบ PPP นี้ เป็นการร่วมกันพัฒนาและให้บริการสาธารณะของภาครัฐ และเอกชน ซึ่งบริษัทเอกชนอาจเป็นผู้ให้บริการ บริหารระบบ หรือก่อสร้างงานโยธาก็ได้ โดยทั้งสอง ฝ่ายจะมีการจัดสรรผลประโยชน์และความเสี่ยงร่วมกัน ทั้งที่เป็นรูปแบบแรกคือเอกชนได้รับสิทธิ์ในการจัดเก็บรายได้ และจัดสรรผลตอบแทนบางส่วนให้แก่ภาครัฐตามข้อตกลง ซึ่งเอกชนจะต้องรับ ความเสี่ยงจากผลดำเนินงานทั้งหมด หรือ รูปแบบที่สอง ภาครัฐจัดเก็บรายได้ทั้งหมด และชดเชย ค่าตอบแทนให้บริษัทเอกชนตามค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินงาน

การทำสัญญาในรูปแบบนี้อาจช่วยลดภาระงบประมาณของรัฐบาลได้ เพราะการลงทุนขนาดใหญ่ งบประมาณที่สูงมาก รัฐดำเนินการโดยลำพังอาจเกิดขึ้นได้ยากโดยเฉพาะเมื่อประเทศประสบกับภาวะ หนี้เงินเต็ม และการลงทุนรูปแบบนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุน ช่วยเพิ่ม ประสิทธิภาพและคุณภาพของบริการสาธารณะที่ประชาชนได้รับอีกด้วย

ดังนั้นสัญญาประเภทนี้จึงเป็นสัญญาบริการสาธารณะได้หลากหลายประเภทมาก และสัญญา ร่วมมือหรือร่วมลงทุนประเภทนี้ มีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง ใน มาตรา 1 รัฐ กำหนด ที่ 2004-559 วันที่ 17 มิถุนายน 2004 ¹¹²

2.5 สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ)Les ventes d'immeubles de l'Etat)

2.6 สัญญากู้ของรัฐ หรือสัญญาที่เอกชนช่วยเหลือรัฐในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Les Emprunts publice de l'Etat) Decret ¹¹³

¹¹² Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Art1. I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

¹¹³ Decret 17 juillet 1790 et 26 septembre 1793

3.1.3 การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง

โดยปกติแล้ว การนำหลักสุจริตมาใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ในอดีตไม่เคยพบมาก่อน ในขณะที่ระบบกฎหมายแพ่งยอมรับหลักสุจริตมาอย่างยาวนานและมีการนำมาปรับใช้ โดยหลักสุจริตนั้นนำมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาหรือองค์กรตุลาการเห็นสมควรในการนำมาใช้ที่ถือได้ว่าหลักสุจริตเป็นเครื่องมือในการตีความขององค์กรตุลาการในมาตรา 1134 (เดิม) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้การปฏิบัติตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาต้องกระทำ การโดยสุจริตต่อมาในปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้มาตราใหม่ในมาตรา 1104 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยมีสาระสำคัญในประโยคที่ว่า “สัญญาต้องดำเนินการภายใต้หลักสุจริต”

โดยปกติแล้วระบบสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เมื่อมีข้อพิพาทศาลมักจะยึดถือหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อย่างค่อนข้างเคร่งครัดและยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งได้รับแนวคิดมาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ เราจึงพบเห็นไม่บ่อยนักกับการที่ศาลพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาโดยพิจารณาถึงหลักสุจริตเป็นสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดี

ในส่วนของระบบกฎหมายปกครองนั้น หลักสุจริตนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การนำหลักสุจริตมาใช้พิจารณาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ปรากฏครั้งแรกในคดี Commune de Béziers du 28 décembre 2009 สาระสำคัญในคดีนี้คือ เทศบาลเมือง Béziers ชุมชนทางตอนใต้ของประเทศฝรั่งเศส ได้ทำสัญญาให้โรงงานเดิมที่อยู่ในเขตอุตสาหกรรมในเทศบาล ต้องย้ายเข้าไอยูในพื้นที่ใหม่หรือเขตอุตสาหกรรมที่สร้างขึ้นใหม่ใน Villeneuve-lès-Béziers โดยทำสัญญาแบ่งสิทธิประโยชน์จากผู้เสียภาษีเจ้าของกิจการ ต่อมาเทศบาลเมือง Béziers ฟ้องขอต่อศาลเพื่อยกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุแห่งการมอบอำนาจของฝ่ายปกครองไม่สมบูรณ์และไม่ถูกต้องยอมทำให้สัญญามีความบกพร่อง โดยที่สภาแห่งรัฐพิจารณาว่า ความบกพร่องที่จะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะนั้นต้องมีความบกพร่องอย่างรุนแรงถึงขนาดที่ศาลต้องเพิกถอนสัญญาและกรณีนี้ไม่ถือเป็นข้อบกพร่องที่จะทำให้สัญญาต้องถูกเพิกถอนได้ ซึ่งได้นำหลักแห่งความซื่อสัตย์มาพิจารณาพิพากษาและกล่าวถึงร่วมกันกับหลักซื่อสัตย์ด้วยและต่อมา “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของคู่สัญญา” นี้ก็นำมาใช้ในคดี Commune a'Amigny Rouy ค.ศ.2010 คดี Commune de servais ค.ศ. 2010 และ คดี Commune de Palavas-les-Flots ค.ศ.2010.

โดยคดีพิพาททั้งหมดได้กล่าวถึงหลักสุจริตในลักษณะที่มีความสัมพันธ์กับความซื่อสัตย์ โดยระบุถึง “ความซื่อสัตย์ในความสัมพันธ์ของคู่สัญญา” ซึ่งจากคดีพิพาทนี้ได้มีการกล่าวว่าเป็นการ

เปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ในสัญญาทางปกครอง ที่มีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครอง โดยสภาแห่งรัฐ แต่การนำหลักสุจริตมาพิจารณาคดีนั้น ไม่ได้มีลักษณะของความเป็นเอกเทศ แยกออกจากหลักอื่นๆอย่างอิสระและชัดเจน เหมือนหลักสุจริตในคดีปกครองอื่นๆ หรือในระบบกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากศาลมีการนำ “หลักสุจริต” (bonne foi) มาใช้ร่วมกันกับ “หลักความซื่อสัตย์”(loyaute) คำว่า “loyal” มาจากภาษาละติน มีความหมายในเชิงที่ว่า ความคิดที่บริสุทธิ์ มีความซื่อสัตย์ และความชอบธรรม

ในสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศส จึงพบ “หลักแห่งความซื่อสัตย์สุจริตในการทำสัญญาทางปกครอง” (La notion de loyauté en droit administrative) แบบไม่แยกออกจากกันเด็ดขาด อาจกล่าวได้ว่า ผู้ที่กระทำการอย่างซื่อสัตย์ก็คือผู้ที่กระทำการโดยสุจริต ซึ่งหลักแห่งความซื่อสัตย์และหลักสุจริต นั้นจึงไม่อาจแยกจากกันได้อย่างเด็ดขาด โดยความซื่อสัตย์คือส่วนขยายของหลักสุจริต ที่เน้นถึงความซื่อสัตย์สุจริตทางจิตใจของคู่สัญญาในการกระทำการตามสัญญาทางปกครอง เพราะโดยพื้นฐานการเกิดของสัญญาทางปกครองและวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง นั้น มักมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐและประชาชน

คดีพิพาทที่มีลักษณะคล้ายกันกับ คดี Commune de Béziers du 28 décembre 2009 นี้ เคยปรากฏเมื่อหลักแห่งความซื่อสัตย์ ในระบบกฎหมายปกครองนั้นได้มีการนำมาปรับใช้ในคดีก่อนหน้าคดีสัญญาทางปกครองแล้วหลายคดีพิพาท เช่น คดี Pinon เป็นคดีงานบริหารงานบุคคลในหน่วยงานทางปกครอง ส่วนหลักสุจริตนั้น มักนำมาใช้ในการกำหนดการกระทำการของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือ ขององค์กรฝ่ายปกครองต่างๆที่ต้องกระทำโดยสุจริตในภาระหน้าที่ของตน หรือการออกคำสั่งทางปกครอง ออกกฎ ต่างๆ และสภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยคดีโดยใช้หลักสุจริตมาพิจารณา เช่น การจัดเก็บภาษีโดยสุจริต การจัดการเลือกตั้งโดยสุจริต เป็นต้น

ดังนั้นการนำหลักสุจริตที่นำมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้น จึงมิได้แยกหลักซื่อสัตย์ออกจากกันได้อย่างชัดเจน

3.2 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 70 บนพื้นฐานของการแตกแยกทางความคิด¹¹⁴ นักวิชาการหลายท่านได้ถกเถียงกันโดยตลอดว่า สามารถกระทำการใน

¹¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2542) ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 2, หน้า 262-276.

รูปแบบของสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนได้หรือไม่ ต้องมีการกำหนดอำนาจเฉพาะโดยกฎหมายหรือไม่ ขอบเขตจะเป็นเช่นไร Willibalt Apelt ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชน เขาเห็นว่า สาระสำคัญของสัญญาภายใต้กฎหมายปกครองนั้น มี 4 ประการ คือ

1. การแสดงเจตนา การแสดงเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาต้องแสดงเจตนาประสงค์จะดำเนินการทำสัญญาตามวัตถุประสงค์ ผูกพันทั้งสองฝ่าย การแสดงเจตนาถือเป็นสาระสำคัญของ การเข้าทำสัญญาทางปกครอง

2. วัตถุประสงค์ของสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญานั้น ต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่มีความสัมพันธ์กับประโยชน์มหาชน เพื่อประโยชน์สาธารณะ

3. วัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนา จะต้องเป็นเพราะเรื่องของหน้าที่หรือภารกิจของฝ่ายปกครอง รวมถึงต้องแสดงให้เห็นถึงผลประโยชน์ต่อส่วนรวมด้วย

4. ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา การก่อเกิดของการทำสัญญานั้น การทำสัญญาจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีพื้นฐานการก่อเกิดจากคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ในขณะที่รัฐอยู่เหนือกว่าเอกชน มีฐานะที่เหนือกว่า ดังนั้น จึงไม่รวมถึงกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชน เนื่องจากฐานะไม่เท่าเทียมกัน การก่อตั้งขึ้นของสัญญาทางปกครองจึงแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง

จากสาระสำคัญประการที่ 4 เป็นเรื่องที่น่าพิศวง นักกฎหมายมีความเห็นไม่ตรงกันมาก จนทำให้ การกำเนิดเรื่องสัญญาทางปกครอง ของประเทศเยอรมันมีความเป็นรูปธรรมช้ากว่าประเทศอื่นๆ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ต่อมา ประเทศเยอรมันได้มีการบัญญัติกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เมื่อปี ค.ศ. 1976 มีการกำหนดถึงสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 54 กำหนดอนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ นอกจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้ “นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา(สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น”

เมื่อพิจารณาจากความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 54 แล้ว เราอาจแยกองค์ประกอบได้ดังนี้คือ 1) สัญญา 2) ในแดนของกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) 3) การก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกซึ่งนิติสัมพันธ์¹¹⁵

¹¹⁵ อ่างแล้ว วรเจตน์ ภาศิริรัตน์.

1) “สัญญาทางปกครอง” เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง คือต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำทางแพ่ง แต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนา ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การบอกกล่าวการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้ จึงต้องนำทบทวนปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น

2) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชน องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาทางปกครองต่างจากสัญญาทางมหาชนประเภทอื่น ๆ และต่างจากสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งเป็นเรื่องสำคัญ

3) สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในกฎหมายและเนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นสัญญาผูกพันภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะมีสิทธิบางประการเหนือกว่าเอกชน เพราะฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง และคดีพิพาทของสัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

3.2.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน¹¹⁶

ตามมาตรา 54 กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 1976 ได้มีการบัญญัติถึงสัญญาทางปกครอง โดยมีสาระสำคัญดังนี้ การก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน อันกระทำในรูปแบบของสัญญา(สัญญาทางปกครอง) ได้ トラบเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อทบทวนคดีของกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐแทนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจทำสัญญาทางปกครองกับบุคคลใดๆ ซึ่งจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้” ทำให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดรูปแบบของสัญญาทางปกครองไว้โดยมีการพิจารณา คือ

1. เกณฑ์การพิจารณาจากคู่สัญญา¹¹⁷

1. สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

¹¹⁶ อ่างแล้ว วรเจตน์ ภาคีรัตน์.

¹¹⁷ อ่างแล้ว วรเจตน์ ภาคีรัตน์.

2. สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน

1.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐหรือรัฐมาเป็นคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น เทศบาลกับเทศบาล หรือ หน่วยงานราชการกับรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น ซึ่งต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง

1.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน เช่น รัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือ หน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ที่ทำงานในหน่วยงานของรัฐ เช่นสัญญาที่รัฐจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่เอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่นการแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัด

2. เกณฑ์การพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

2.1 สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้กำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง

- 1.) เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
- 2.) เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- 3.) ต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว
- 4.) มีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

2.2 สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการ

วินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรองการ

ทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 อนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความหรือการระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGO) มาตรา 106) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษคือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติอีกด้วย

3.2.2 การปรับใช้หลักสุจริตในระบบกฎหมายเยอรมัน

หลังจากที่มีการการเสื่อมลงของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of natural law) พร้อมๆกับการเริ่มก่อตัวเกิดขึ้นมาของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical school) ผู้ก่อตั้งสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ คือ Georg Friedrich Carl Von Savigny (ชาวอิตาลี) เป็นชาวเยอรมันเมืองแฟรงค์เฟิร์ตในปี ค.ศ.1779 ที่มีแนวคิด และศึกษาปรัชญากฎหมายที่ให้ความสำคัญกับจารีตประเพณี และให้ความสำคัญและสภาพของสังคม โดยเห็นว่าสิ่งเหล่านั้นจะเชื่อมโยงการทำงานเข้าใจกฎหมายธรรมชาติของกฎหมาย เป็นการเน้นกฎหมายที่ต้องมาจากประวัติศาสตร์หรือมีที่มาจากประวัติศาสตร์ แต่หลักสุจริตเกิดจากการพัฒนามาจากหลักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีการพัฒนาต่อมาเรื่อยๆ “หลักสุจริต” หรือ bona fides ของโรมันหรือ ภาษาเยอรมันเรียกว่า Treu und Glauben ซึ่ง หมายถึง “ความซื่อสัตย์และไว้วางใจ” หรือ “หลักซื่อสัตย์สุจริต” เมื่อมีการรับกฎหมายโรมันเข้ามาในเยอรมันตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 16 นั้น การอ้างหลักสุจริตเป็นการอ้างหลัก exception doli generalis หรือเป็นการยกข้อต่อสู้ว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ใช้สิทธิโดยมิชอบและเมื่อมีการเสนอร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับแรก ก็ได้มีการเสนอไว้ว่า “สัญญาย่อมก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างกันตามที่ตกลงกันและตามผลธรรมดาของสัญญาประเภทนั้นตามบังคับแห่งกฎหมายและปกติประเพณี ดังนั้น จึงพบหลักซื่อสัตย์สุจริต ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน ฉบับ ปี ค.ศ. 1900 (Bundesgesetzblatt) และ ปี ค.ศ. 2002 เช่น ในมาตรา 133 และ มาตรา 157 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ลักษณะและวิธีการปฏิบัติในการชำระหนี้ของลูกหนี้ต้องพิจารณาและคำนึงถึง หลักซื่อสัตย์สุจริต เสมอ โดยมีวัตถุประสงค์ว่า ในการปฏิบัติชำระหนี้ ลูกหนี้อาจมีหน้าที่อื่นๆในการชำระหนี้หลักนั้นด้วย¹¹⁸ และการตีความสัญญาต้องยึดถือตามหลักสุจริตเสมอ.

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักซื่อสัตย์สุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญและมีความจำเป็นในการนำมาใช้ตีความเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายอีกด้วย มีการนำหลักซื่อสัตย์สุจริตมาใช้ใน

¹¹⁸ Christain Heinrich, Formale Freiheit und material Gerechtigkeit (Tubingen: Mohr Siebeck, 2000), p.399.

การพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์กรตุลาการอย่างมากมาย นอกจากนำหลักข้อสัตย์สุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีแล้ว หลักนี้ยังเป็นหลักที่มีการพัฒนาในการสร้างหลักกฎหมายอื่นๆอีกหลายหลัก เช่น “หลักความรับผิดชอบในการกระทำความผิดหน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้ (Positive Vertragsverletzung) , “หลักสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง” (Wegfall der Geschäftsgrundlage หรือ Causula rebus sic statibus”) เป็นต้น¹¹⁹

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า หลักสุจริต มีบทบาทและมีความสำคัญในระบบกฎหมายเยอรมันมากกว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการปรับใช้หลักสุจริตในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งอย่างหลากหลายและ มากมายในระบบกฎหมายเยอรมัน ดังตัวอย่าง ดังนี้

คำพิพากษา RGZ 161, 330 โจทก์ผู้ซื้อที่ดินได้ทำการซื้อที่ดินจากจำเลยในราคาสูงกว่า ท้องตลาด โดยมีวัตถุประสงค์ต้องการจะเป็นเจ้าของในที่ดินที่อยู่บนจุดที่มีทัศนียภาพที่ดี ซึ่งตั้งอยู่บน แนวเขาที่มีความลาดเอียง จำเลยผู้ขายให้คำรับรองแก่โจทก์ผู้ซื้อที่ดินว่า จะไม่ทำการปลูกสิ่งก่อสร้าง อื่นใดลงบนพื้นที่ดินตรงกลางที่ติดกับที่ดินของโจทก์ เพื่อให้โจทก์สามารถมองเห็นทัศนียภาพบนภูเขา ได้อย่างสวยงามที่สุดตามความต้องการของสัญญาซื้อขายที่ดินแห่งนี้ ต่อมาจำเลยผู้ขายที่ดินได้ทำ ถนนบนที่ดินตรงกลางพร้อมกับปลูกสร้างบ้านบนที่ดินซึ่งอยู่ด้านหลังที่ดินของโจทก์ผู้ซื้อที่ดิน จึงทำให้ บดบังทัศนียภาพตามความประสงค์ของสัญญาซื้อขายที่ดินแห่งนี้ ศาลยุติธรรม ได้มีคำพิพากษาว่า แม้ว่าสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างโจทก์และจำเลยนั้น จะมีได้ปรากฏคำยืนยันหรือคำรับรองใดๆ ที่เป็น ลายลักษณ์อักษรตามคำกล่าวอ้างของโจทก์ก็ตาม อีกทั้งจำเลยไม่ปฏิเสธว่าไม่เคยให้คำรับรองเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม จำเลยผู้ขายยังคงมีหน้าที่ข้างเคียงตามหลักสุจริต ที่จะต้องไม่ก่อสร้างสิ่งใดๆ อัน เป็นการทำลายหรือ บดบังทัศนียภาพตามที่ได้ตกลงกันตอนทำสัญญาซื้อขายว่าเป็นจุดมุ่งหมายของ โจทก์ เมื่อจำเลยได้ละเมิดหน้าที่ตามหลักข้อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben) จำเลยต้องชำระ ค่าเสียหายแก่โจทก์¹²⁰

คำพิพากษา RGZ 131,274 โจทก์ ผู้เช่า ได้ทำสัญญาอาคารพาณิชย์หลังหนึ่งของ จำเลยผู้ให้เช่า เพื่อทำการค้าร้านขายจิวเวอรี่ เป็นระยะเวลา 10 ปี ต่อมา จำเลยผู้ให้เช่าได้ไปทำสัญญาให้ผู้ค้าจิวเวอรี่อีกรายหนึ่งให้เช่าอาคารของจำเลยที่ติดกันกับอาคารของโจทก์เพื่อทำการค้าขายจิวเวอรี่ เช่นเดียวกัน ต่อมาเมื่อโจทก์ทราบเข้า โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาเช่าอาคารดังกล่าว เพราะการที่จำเลย

¹¹⁹ Christain Neuerburg, Die gesetzliche Regelung der positive Vertragsverletzung (Munche:Grin Verlag, 2003, p.13.

¹²⁰ RGZ 161,330(Online), September 2013. Available from: [http:// www.dejure.org](http://www.dejure.org)

ให้ผู้อื่นทำการค้าประเภทเดียวกันกับตนมาเช่าเปิดร้านข้างเคียง ย่อมทำให้ตนได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากเกิดการแข่งขันทางการค้า ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า จำเลยเป็นผู้ให้เช่าย่อมมีหน้าที่ข้างเคียงตามหลักข้อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben) ที่จะไม่ทำให้ผู้ให้เช่าได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ให้เช่าไปทำสัญญาเช่ากับผู้อื่นอีกอาคารที่ติดกันกับผู้เช่าที่จำเลยเป็นเจ้าของจนทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าแก่โจทก์¹²¹

3.2.3 บทบาทของหลักสุจริตในกฎหมายปกครองเยอรมัน

“หลักสุจริต” ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมันในหลายบทบาท และมีสถานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ยอมรับว่า “หลักสุจริต” ในกฎหมายแพ่งนั้น เป็นแนวคิดทางกฎหมายทั่วไป ที่สามารถนำมาบังคับใช้หรือปรับใช้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนได้ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะพิเศษในทางกฎหมายมหาชน เคยมีคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ยอมรับความสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองภายใต้หลักสุจริต แม้ว่าหลักสุจริตเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายแพ่ง เพราะถูกพัฒนาขึ้นมาในกรอบของระบบกฎหมายแพ่งก็ตาม

ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน มาตรา 48 แห่ง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz) ได้มีการบัญญัติให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีสาระคือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้ แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น การเพิกถอนต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดขึ้น หลักการนี้ คือ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน (Vertrauensschutzprinzip) ซึ่งหลักนี้คือ ส่วนหนึ่งของ หลักข้อสัตย์สุจริต¹²² โดยมีหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจในตัวบทกฎหมาย (Rechtsnormen) มีหลักการคือ กฎหมายที่บัญญัติบังคับใช้นั้นต้องมีความมั่นคงแน่นอน ชัดเจนและแน่นอนถึงขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน เพื่อให้เกิดความมั่นใจและเป็นหลักประกันกับประชาชนและสังคมส่วนรวม¹²³ และ การคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจในคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ (Begünstigende Verwaltungsakt) หลักการนี้หมายถึง ประชาชนหรือผู้ที่อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองที่เป็นรูปแบบ

¹²¹ RGZ 131,274(Online), September 2013.Available from: [http:// www.dejure.org](http://www.dejure.org)

¹²² มานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 31

¹²³ Hartmut Maurer, Staatsrecht I,3. Auflage,2003. Rdnr.46, S.231.

หนึ่งของการกระทำทางปกครองนั้น หากคำสั่งนั้นมีลักษณะที่เป็นคำสั่งที่มีประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่ง หากผู้นั้นมีความเชื่อโดยสุจริตใจโดยพฤติกรรมและสภาพแวดล้อมว่าเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์และถูกต้อง จะต้องได้รับความคุ้มครอง แม้ว่าจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นในภายหลังก็ตาม ซึ่งมาตรา 48 นี้ ถือว่าเป็นที่มาของ มาตรา 50 51 52 ของ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทย

จากความขัดแย้งทางความคิดและวิชาการของระบบกฎหมายเยอรมันก่อนที่จะแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครอง มีฝ่ายหนึ่งของนักวิชาการที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะสัญญาต้องเกิดจากความสมัครใจและเท่าเทียมกันของคู่สัญญา จึงส่งผลในสัญญาทางปกครองของเยอรมันกำเนิดก่อเกิดช้ากว่าหลายประเทศในกลุ่มประเทศกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน ค่อนข้างที่จะเคร่งครัดที่จะนำมาใช้โดยปราศจากตัวบทกฎหมาย การปรับใช้หลักสุจริตในการพิจารณา

ความแตกต่างของการบังคับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายเยอรมันแตกต่างกับระบบกฎหมายไทยและสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ การมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยสัญญาทางปกครองในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) ที่ค่อนข้างชัดเจนและครบถ้วน มีการนำหลักในทางกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้เป็นบางกรณี โดยไม่ได้นำหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เป็นหลักบังคับเหมือนของไทย ประเภทของสัญญาทางปกครอง องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง แบบของสัญญาทางปกครอง ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครอง เหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ เป็นต้น

การนำหลักสุจริตมาบังคับใช้จะไม่พบในกรณีความไม่สมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองกรณีสัญญาทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ เช่น บกพร่องในเรื่องของความสามารถของผู้ทำสัญญาทางปกครอง แบบของสัญญาทางปกครอง และวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง ย่อมทำให้สิทธิเรียกร้องของคู่สัญญาย่อมสิ้นสุดลงตามผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ ในกรณีเช่นนี้จะไม่นำถึงหลักสุจริตมาปรับใช้ได้เลย กรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำหลักข้อสุจริตมาบังคับใช้อย่างชัดเจน จะปรากฏในส่วนของการบอกเลิกเปลี่ยนแปลงและแก้ไขสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 60 กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตรงกับหลักที่ว่า “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา (Clausula rebus sic stantibus) โดยมาตรา 60(1) กำหนดถึงกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข

และบอกเลิกสัญญาทางปกครอง หากมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป โดยปรากฏภายหลังว่าหากสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้ กรณีที่เป็นข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ข้อเท็จจริงเรื่องราคา ค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามสัญญา ข้อมูลความรู้ ทางวิทยาศาสตร์ หรือการค้นพบสิ่งใหม่ๆ ภายหลัง ส่วนบทกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับแทนหลังจากคู่สัญญาได้ทำสัญญา กรณีเช่นนี้ผู้วิจัยคิดว่าน่าจะเทียบเคียงได้กับหลักสุภาษิตที่ว่า *Clausula rebus sic stantibus* ซึ่งน่าจะจะเป็นความหมายว่า ความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์ ซึ่งหลักสุภาษิตนั้นเป็นหลักมาตรฐานของการรักษาสัญญาของคู่สัญญาที่มีต่อกัน แต่อย่างไรก็ตามการรักษาสัญญานั้นต้องสมเหตุสมผลและเหมาะสมกาลเทศะอีกด้วย¹²⁴ แสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยอมรับหลักสุภาษิตอย่างชัดเจน ซึ่งศาลแพ่งของประเทศเยอรมันได้อ้างหลักการนี้โดยผ่านคำพิพากษาจำนวนมากในการควบคุมเนื้อหาของสัญญาสำเร็จรูป จนฝ่ายนิติบัญญัติได้รวบรวมหลักเกณฑ์ที่ศาลพัฒนาจากหลักสุภาษิตมารับรองแล้วตราเป็นกฎหมายพิเศษว่าด้วย ข้อสัญญาสำเร็จรูป ในมาตรา 9 (Standard Contract Terms Act 1976) นอกจากนั้นยังรวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงไปอันอาจเกิดจากการวางหลักขององค์กรตุลาการ ซึ่งส่งผลต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญา มาตรา 60 (2) การเปลี่ยนแปลงในส่วนสาระสำคัญและการไม่สมเหตุสมผลที่จะยึดถือตามข้อปฏิบัติในสัญญาเดิมต่อไป การพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น กำหนดให้นำ หลักข้อสัตย์สุจริต มาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (BCG) มาบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย¹²⁵

3.3 สัญญาทางปกครองประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีการแยกประเภทของสัญญาที่ทำโดยฝ่ายปกครองว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือเป็นสัญญาทางปกครอง และไม่มีการแยกศาลออกเป็นระบบศาลคู่ อาจกล่าวได้ว่าเป็นศาลเดี่ยว ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ได้แก่ ศาลยุติธรรม

¹²⁴ กิตติศักดิ์ ปกรติ. (2550). ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events). กรุงเทพฯ

¹²⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว หน้า 29.

3.3.1 สัญญาที่ใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง อาจแยกได้ เป็น 2 ประเภท¹²⁶

1. สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เป็นสัญญาที่รัฐทำกับคู่สัญญาเอกชนในการจัดหาวัสดุ อุปกรณ์ หรือการบริการ ที่จำเป็นหรือเพื่อการบริการสาธารณะ โดยกฎหมายกลางที่ใช้คือ ระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ The Federal Acquisition Regulation หรือ FAR ที่ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างกับภาครัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถอาศัยอำนาจจาก FAR เพื่อออกกฎหมายลูกเพื่อใช้ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

2. การให้สิทธิในการบริการสาธารณะ การบริการสาธารณะนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคิดว่าเป็นการทำธุรกิจประเภทหนึ่ง เอกชนสามารถทำได้โดยความควบคุมของรัฐ แบ่งได้ คือ

1. กิจกรรมที่ต้องการให้บริการอย่างต่อเนื่องโดยมีผลผลิต หรือ แจกจ่ายที่เชื่อมโยงกับผู้บริโภค อันน่าจะได้แก่ ไฟฟ้า น้ำประปา เป็นต้น

2. กิจกรรมระบบการขนส่งสาธารณะ เช่น ระบบรถราง รถไฟ รถประจำทาง หรือเดินทางเรือโดยสาร เป็นต้น

โดยสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้มีลักษณะคล้ายสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย มีลักษณะสำคัญหลายประการ ดังตัวอย่างเช่น

1. ผู้มีอำนาจในการทำสัญญา ต้องได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมาย อันมีลักษณะเหมือนผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐบาล หากผู้นั้นไม่มีอำนาจในการเข้าทำสัญญา จะทำให้สัญญานั้นไม่ผูกพันรัฐ และกระบวนการเข้าทำสัญญาก็ต้องทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย¹²⁷ ซึ่งถ้าเป็นในระดับสหรัฐหรือระดับประเทศ จะอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการ ได้แก่ Federal Communications Commission (FAR) สำหรับกิจการโทรคมนาคม หรือการสื่อสารทางวิทยุโทรทัศน์ Federal Energy Regulatory Commission (FERC) สำหรับกิจการพลังงานธรรมชาติเช่นไฟฟ้า ก๊าซธรรมชาติ แต่ถ้าเป็นกิจการระดับมลรัฐ จะอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการระดับมลรัฐ ได้แก่ State Utility Commissions

2. การมีเอกสิทธิ์ของรัฐ ถึงแม้ว่าไม่มีการแบ่งประเภทสัญญาของฝ่ายปกครองแยกออกจากสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาการให้สิทธิในการบริการสาธารณะ มีการกำหนดเอกสิทธิ์ของรัฐให้เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว สิทธิในการบอกเลิกสัญญาแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ผิดสัญญา รัฐสามารถใช้อำนาจรัฐแทรกแซงได้ทุก

¹²⁶ สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา, บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากล(จำกัด), กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2547 หน้า 2-9.

¹²⁷ สุรินทร์ ทองมา. (2533) พัฒนาการและแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย:วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตย์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, หน้า 33.

อย่างโดยเหมาะสมและเป็นธรรม และกิจการนั้นต้องอยู่ในการควบคุมของรัฐเสมอ เนื่องจากเป็นกิจการเพื่อการบริการสาธารณะ

3. รูปแบบของสัญญา ต้องทำตามรูปแบบและมีข้อกำหนดตามที่กฎหมายหรือกฎระเบียบที่กำหนดให้มีในสัญญา มิฉะนั้นจะส่งผลให้สัญญาไม่สมบูรณ์ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายไทย ในระบบกฎหมายไทยนั้นแม้ว่าจะมิได้มีการกำหนดในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง แต่ได้มีการวางหลักการปฏิบัติราชการที่ดี โดยนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ ในเรื่องของ การมีผลผูกพันของสัญญาทางปกครองที่มีได้จัดทำตามรูปแบบที่ระเบียบของทางราชการกำหนด เช่น หน่วยงานทางปกครองไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาทางปกครอง โดยกล่าวอ้างเหตุที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ระเบียบว่าด้วยการพัสดุกำหนดไว้ หากปรากฏว่ามีพฤติการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าสัญญามีผลผูกพันโดยกฎหมาย เพราะการปฏิบัติตามระเบียบเป็นเรื่องขั้นตอนการปฏิบัติงานภายในของเจ้าหน้าที่เท่านั้น

3.3.2 หลักสุจริต ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น ได้รับรองถึงหลักสุจริต ในการทำสัญญาไว้ ซึ่งบัญญัติในมาตรา 205 Duty of Good Faith and Fair Dealing ใน uniform commercial code หมวดกฎหมายว่าด้วยสัญญา โดยมีสาระสำคัญว่า สัญญาที่ล่วงยอมก่อให้เกิดหน้าที่ในการใช้สิทธิและการชำระหนี้โดยสุจริตและเป็นธรรม มีคติพิพาทหลายคดีที่องค์กรตุลาการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี¹²⁸ ทั้งคดีพิพาททางแพ่ง และคดีพิพาทในสัญญาอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่มีการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองเหมือนระบบกฎหมายไทย ดังนั้นการนำหลักสุจริตมาปรับใช้จึงไม่แตกต่างกัน และพบว่ามีกรณีนำหลักเอกลัทธิมาใช้ในการทำสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนมาจัดทำ ไม่มีการแบ่งแยกคดีแพ่งและสัญญาทางปกครองออกจากกันอย่างเป็นรูปธรรม มีการนำหลักสุจริตใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังตัวอย่างเช่น¹²⁹

¹²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2554) หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้, กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 54-57

¹²⁹ From Good Faith Dealing : The well-Night Irrefragable Use for a New Standard in Public Contract Law (p.87-125),Daneil E. Toomey,William B. Fisher and Laurie F..Curry.(1990).Public Contrat Law Journal.Vo,l.20 No1.

คดี Maxima Corporation V. United States 1988

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ทำสัญญาให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการด้านการจัดพิมพ์เอกสารและงานธุรการ ในสัญญามีการกำหนดจำนวนเงินค่าบริการขั้นต่ำที่รัฐต้องจ่ายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในแต่ละเดือนเป็นอัตราค่าจ้างเหมาโดยไม่คำนึงถึงปริมาณที่เกิดขึ้นจริงและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง ปรากฏว่าเมื่อระยะเวลาของสัญญาลิ้นสุดลง คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนคืนเงินส่วนต่างที่ตนใช้บริการน้อยกว่าราคาจ้างเหมาคืน ศาลพิจารณาว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิอาจใช้เอกสิทธิ์ในการที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ เพราะค่าบริการเป็นการบริการตามที่กำหนดในสัญญา แม้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าก็ตาม การเข้าทำสัญญาต้องเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย

ฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่า แม้ไม่มีการแยกประเภทสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ทำออกเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาคดีที่รัฐทำกับเอกชนอันมีลักษณะคล้ายสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

คดี Industrial Contractors Corporation and Fireman Fund Industries Co., United States 1990 ข้อเท็จจริงคดีนี้คือ โจทก์เป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทำสัญญาบริการวางท่อระบายน้ำ กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยตกลงในสัญญาวางท่อระบายน้ำ มีความยาวประมาณ 22 ไมล์ ด้วยวิธีการขุดดินแบบพิเศษ ต่อมา โจทก์พบว่า กระบวนการพิเศษในการขุดดินเพื่อวางท่อนั้นไม่สามารถทำได้อย่างเกิดประโยชน์สูงสุดเนื่องจากว่า จะก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานมากเกินไปจนเกินความจำเป็น และใช้เวลาในการดำเนินการมาก โจทก์จึงทำหนังสือร้องขอต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่าขอยกเลิกวิธีการขุดดินแบบพิเศษตามที่ตกลงในสัญญามาตั้งแต่ต้นและเปลี่ยนไปใช้วิธีการขุดดินแบบธรรมดาที่จะได้ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิเสธเปลี่ยนแหล่งวิธีการขุดดินแบบทั่วไปตามที่โจทก์ร้องขอ ทั้งๆที่หน่วยงานวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องได้แจ้งว่า ไม่มีข้อขัดข้องใดๆในการเปลี่ยนวิธีการขุดดิน ปรากฏว่าทำให้ผลงานได้สำเร็จลุล่วงได้ตรงตามที่ต้องการ จนเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักในค่าใช้จ่ายจนต้องล้มละลาย

ศาลพิจารณาว่าการคู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบดีว่าวิธีการขุดดินแบบทั่วไปก็สามารถทำให้งานที่จ้างตามสัญญาสามารถเสร็จสำเร็จได้ แต่กลับแสดงเจตนาหมิ่นยั่นให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้วิธีการขุดดินแบบพิเศษที่เป็นกระบวนการที่สร้างภาระและมีค่าใช้จ่ายสูงเกินความจำเป็นกว่าวิธีการขุดดินแบบทั่วไป กระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐแม้จะเป็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมก็ตาม แต่เป็นการกระทำโดยไม่สุจริตและไม่สมเหตุผลในการเลือกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระมากเกินไปจนเกินความจำเป็น หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายกระทำการโดยไม่สุจริต

3.4 แนวคิดและความเป็นมาของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในอดีตนั้น มีหลักฐานอันเป็นลายลักษณ์อักษร ค้นพบว่าสมัยกรุงศรีอยุธยา¹³⁰ ในรัชสมัยแผ่นดินสมเด็จพระนเรศวรมหาราช (พ.ศ.2199 – 2231) ได้ให้ฮอลันดาผูกขาดสินค้าหนังกางและหนังโค ซื่อตี่บุก ผูกขาดไม้ และรังนก ซึ่งนับว่าเป็นการให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยได้รับพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ ต่อมาในสมัยพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ก็พบหลักฐานการทำข้อตกลงการทำเหมืองแร่เป็นภาษาอังกฤษในจังหวัดสงขลา พัทลุง และชุมพร ในเดือนมกราคม พ.ศ 2431

ในยุคสมัยนั้นอาจแบ่งสัญญาของทางราชการออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาไปรเวท (private contract) และสัญญาของแผ่นดิน (public contract) สัญญาไปรเวท คือ สัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของต่างๆ การจ้างคน ม้า ช้าง รวมถึงการเช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรงเรียน เช่าแพที่มีเจ้าของกิจการมีลักษณะเป็นกิจการของเอกชน น่าจะคล้ายคลึงกับสัญญาทางแพ่งของทางราชการในปัจจุบัน อีกประเภทหนึ่งคือ สัญญาปบublic (public contract) เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า สัญญาของแผ่นดิน หรือ สัญญามหาชน¹³¹ เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการรักษาเมืองกับชาวต่างชาติ ในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ร่อนทอง ขุดไร่ ขุดคลอง ทำทาง หรือกิจการที่รัฐเป็นเจ้าของผูกขาดไว้ทำคนเดียว มีลักษณะคล้ายสัญญาสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในปัจจุบันนี้ หรือทำกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค สาธารณูปการต่างๆ เช่น การสร้างทางรถไฟ ทำถนน ขุดคลอง เป็นต้น สัญญาประเภทนี้น่าจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่เป็นสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน

ต่อมาได้มีการตรากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตนี้ เช่น พระราชบัญญัติจัดการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขาย อันกระทบถึงความปลอดภัย หรือ ฝาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 กฎหมายฉบับนี้ให้ความหมายของ กิจการที่เป็นสาธารณูปโภค ที่เอกชนจะทำโดยไม่ได้ขออนุญาตจากรัฐไม่ได้ คือ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เติ้นอากาศ ประปา ไฟฟ้า จะทำได้ก็ต่อเมื่อ ได้รับราชานุญาตเสียก่อน หากไม่ได้ขออนุญาต ก็จะมี

¹³⁰ สำนักนายกรัฐมนตรี. (2501) วัฒนธรรมไทยเรื่องประวัติการค้าขายของไทย. กรุงเทพฯ . หน้า152-159

¹³¹ ปาลวีร์ พิสิฐเสนากุล. (2553) “หลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง,วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ความผิด ต้องระวางโทษปรับ หรือ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน 2473 ที่กำหนดให้สิทธิ เอกชนมาสร้างทางหลวงโดยการรับสัมปทาน โดยไม่ต้องขอพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ แต่ให้ขอที่เสนาบดี¹³² กระทรวงพาณิชย์และคมนาคมแทน โดยกฎหมายฉบับนี้ ได้กำหนดให้อำนาจ รัฐบาลในการเพิกถอนสัมปทานคืนก่อนหมดระยะเวลาตามสัญญาได้ ถ้าเอกชนผู้รับสัมปทานไม่ทำ ตามสัญญาสัมปทานโดยไม่ต้องไปฟ้องศาล แสดงให้เห็นถึงการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐในการบอกเลิก สัญญา เช่นเดียวกันกับ พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ.2482 ต่อมาปี พ.ศ.2515 ได้มี ประกาศคณะปฏิวัติ โดยจอมพลถนอม กิตติขจร ให้มีการยกเลิก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการอัน กระทบถึงความปลอดภัยหรือ ผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 โดยมีการกำหนดถึงกิจการบาง ประเภท ที่เอกชนต้องขอรับอนุญาตจากรัฐเสียก่อนประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ ก็ยังคงบังคับใช้เรื่อยมา จนถึงปัจจุบันนี้เอง เป็นต้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึง การวางกฎหมายเพื่อมาใช้บังคับกับเอกชนที่เข้าทำ สัญญากับรัฐเพื่อการบริการสาธารณะนั่นเอง

หลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็น ระบอบประชาธิปไตย ก็ยังคงมีตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำสัญญาที่อนุญาตเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะให้เอกชนมาทำสัญญาเป็นคู่สัญญากับรัฐ ที่เรารู้จักกันในนามของ “สัญญาของทาง ราชการ” ในสมัยนั้นสัญญาของทางราชการ มีฐานะไม่แตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง ไม่ว่าจะคู่สัญญาจะ เป็นใครก็ตาม ไม่ว่าจะรัฐหรือเอกชน อยู่บนพื้นฐานหลักกฎหมายเอกชน ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความ เท่าเทียมกัน สมควรใจเข้าทำสัญญา หากมีข้อพิพาท ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล พระอภินิหาร พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้มีการจัดตั้ง กรมพัสดุแห่งชาติ ขึ้นตรงต่อกระทรวงพระคลังมหาสมบัติ มีหน้าที่จัดหาพัสดุ

เมื่อกระทรวงทบวงกรมใดจำเป็นต้องใช้พัสดุอย่างใด ซึ่งกรมพัสดุแห่งชาติ มีหน้าที่ ต้องจัดหา และทุกหน่วยงานต้องเบิกมายังกรมพัสดุ ต่อจากนั้นมาก็เริ่มมีการกำหนด ระเบียบต่างๆ ขึ้นมากำกับดูแลกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐผ่านระเบียบต่างๆ เริ่มตั้งแต่ระเบียบสำนัก คณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2498 และระเบียบสำนัก คณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ.2498 และพัฒนาต่อมาจนเป็น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 แต่ทั้งหมดก็ ยังคงรู้จักกันในนามของ “สัญญาของทางราชการ”

¹³² เสนาบดี เป็นตำแหน่งที่ใช้เรียกมาจนยกเลิกหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 ตำแหน่ง เสนาบดี ในระบบราชการ โบราณของไทยเป็นตำแหน่งผู้บังคับบัญชาสูงสุดระดับกระทรวง จึงเทียบเท่าตำแหน่ง รัฐมนตรี ในปัจจุบัน

แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น แท้จริงเริ่มเข้ามาศึกษากันครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2529 โดยนำเอาระบบสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเข้ามา ในการฝึกอบรมเรื่อง “หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น โดยใช้คำว่า “Le contrat administrative” แต่ในขณะเดียวกัน นักวิชาการต่างก็นำเอาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศอื่นๆ เข้ามาศึกษาเช่นเดียวกัน เช่น แนวของ ประเทศอังกฤษ และ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงทำให้มีการศึกษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมากขึ้นในทางวิชาการ ต่อมา รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย จึงมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้น ก็คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น โดยในเนื้อหาของพระราชบัญญัติฉบับนี้มีทั้งส่วนที่เป็นสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ ซึ่งรับเอาแนวความคิดของสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาอย่างชัดเจน โดยเฉพาะการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง ที่ไม่สามารถระบุประเภทได้ทั้งหมด และได้ข้อสรุปว่าการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของระบบกฎหมายไทยนั้น จะต้องพัฒนาขึ้นในอนาคตโดยคำพิพากษาของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล¹³³ นั่นเอง

3.5 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาของทางราชการในอดีตที่ผ่านมา มักเป็นสัญญาพัสดุ การจัดซื้อ จัดจ้าง และสัญญาสัมปทาน ในสมัยรัชกาลที่ 5 สมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้เปิดโอกาสให้เอกชนเป็นผู้สัญญาต่างๆ ในการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติค่อนข้างมากกว่าในยุคสมัยอื่นๆ เป็นที่น่าสังเกตได้ว่า คู่สัญญาล้วนแต่เป็นบริษัทต่างชาติ หรือ ชาวต่างชาติ ซึ่งในขณะนั้นยังไม่พบว่ามีกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเข้าทำสัญญา มีกฎหมายบัญญัติมาบังคับเฉพาะกับกิจการประเภทที่อนุญาตให้เอกชนเข้ามาทำสัญญาประเภทนั้นโดยตรง อันได้แก่

1. พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก พ.ศ. 2457 (ร.ศ. 116)โดยมีสาระสำคัญคือ ห้ามมิให้ผู้ใด ที่ไม่ได้รับสัญญาอนุญาตของรัฐบาล หรือ ไม่ได้รับใบอนุญาตให้ตัดต้นไม้สักในเขตพื้นที่ของหลวง สันนิษฐานว่า กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดเรื่อง สัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

¹³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2551). ความเป็นมาในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง, โครงการพัฒนาคำานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน.

2. พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ. 2461 ในพระราชบัญญัติฉบับนี้พบคำว่า ประทานบัตรทำเหมืองแร่ หรือ ประทานบัตร ซึ่งหมายถึง การอนุญาตให้เอกชนมาใช้ประโยชน์จากการทำเหมืองแร่ตามที่กำหนด (ถูกยกเลิกโดย 1.พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510)

3. พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ. 2464 กฎหมายฉบับนี้ กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดมาสร้างทางรถไฟโดยไม่ขออนุญาตจากรัฐเสียก่อน เว้นเสียแต่จะได้รับพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ ที่แสดงให้เห็นถึงรัฐต้องการผูกขาดกิจการการเดินรถไฟ และมีการกำหนดอำนาจหน้าที่สิทธิของผู้ได้รับอนุญาตสร้างทางรถไฟ โดยให้อยู่ในการกำกับตรวจตราดูแลของกรมรถไฟ อันน่าจะหมายถึงการกำกับดูแล (ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494)

4. พระราชบัญญัติการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความสงบสุขของประชาชน พ.ศ. 2471 ได้กำหนดถึงกิจการบางประเภทที่เรียกว่า กิจการสาธารณูปโภค อันได้แก่ การรถไฟ รถราง ชุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ที่วางหลักเกณฑ์ในการให้เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะ ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทาน ต่อมากฎหมายฉบับนี้ ถูกยกเลิกโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515¹³⁴ โดยมีการกำหนดเพิ่มเติมประเภทของกิจการสาธารณูปโภคบางอย่างเช่น การประกันภัย การธนาคาร เป็นต้น

5. พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มีสาระสำคัญคือห้ามมิให้ผู้ใดมาสร้างทางและบำรุงรักษาทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล กฎหมายฉบับนี้แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหลายประการ เช่น รัฐบาลสามารถเพิกถอนสัมปทานทางหลวงก่อนสิ้นอายุระยะเวลาตามที่ได้กำหนด ในขณะที่นั้น ยังไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำสัญญาของทางราชการ (ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542)

6. พระราชบัญญัติอากรรังนก พ.ศ. 2467 ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังคงใช้คำว่า อนุญาตไม่พบคำว่า สัมปทาน เช่นเดียวกับกฎหมายฉบับอื่นๆ (ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540)

7. พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ที่ยกเลิก พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก พ.ศ. 2457 ผู้ได้รับอนุญาตเรียกว่าผู้รับอนุญาตทำไม้ ต้องเสียค่าภาคหลวงให้แก่รัฐ

8. พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 (ยกเลิก พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2461) แต่ในกฎหมายฉบับนี้การอนุญาตยังคงใช้คำว่า การออกประทานบัตรให้ทำเหมืองและอาชญาบัตรให้สำรวจแร่ โดยต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี โดยรัฐมีเอกสิทธิ์เช่นสามารถเพิกถอนใบอนุญาตได้เมื่อมีเหตุ

¹³⁴ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 6 มกราคม 2515

กระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนหรือ เมื่อมีเหตุอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนำแร่เข้าในราชอาณาจักร หรือ ใบอนุญาตส่งแร่ออกนอกราชอาณาจักรเมื่อใดก็ได้

9.พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 กฎหมายฉบับนี้กำหนดเรื่องการทำสัมปทานแก๊สธรรมชาติสำรวจและผลิตปิโตรเลียมที่มีอยู่ในรัฐ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการปิโตรเลียม

10. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ การทำสัญญาของรัฐและเอกชน สำหรับการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมทุนกับรัฐที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ยกเว้นสัมปทานปิโตรเลียมและการทำเหมืองแร่ มีการกำหนดคณะกรรมการหนึ่งชุด มีจุดมุ่งหมายเพื่อต้องการให้มีคณะกรรมการอื่นๆเข้ามาร่วมพิจารณาการร่วมทุนด้วย โดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาให้เอกชนเข้าทำสัญญา และนำเสนอโครงการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแทน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ต้องเสนอความเห็นต่อสำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อร่วมพิจารณาด้วย และสำหรับโครงการที่มีมูลค่ามากกว่าหนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เริ่มต้นตั้งแต่การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการและการควบคุมและติดตามโครงการ ต้องเป็นไปตามวิธีการกระบวนงานที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด

11. พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนด วิธีการ หลักเกณฑ์ในการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการของรัฐ โดยมีคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เป็นผู้พิจารณา และสำหรับโครงการที่มีมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาทขึ้นไป โดยเริ่มตั้งแต่การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการและการควบคุมและติดตามโครงการ ต้องเป็นไปตามวิธีการกระบวนงานที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด

12. พระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2562 โดยยกเลิกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่ง พระราชบัญญัติ ฉบับใหม่นี้ ใช้สำหรับโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีมูลค่า 5,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือต่ำกว่า 5,000 ล้านบาทได้ โดยได้รับความเห็นชอบโดยคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน Public Private Partnership (PPP) ในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ เพราะในปัจจุบันนี้ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอีกทางเลือกที่น่าสนใจ โดยเฉพาะในยุคที่รัฐมีภารกิจบริการสาธารณะมากมายที่อาจส่งผลในด้านงบประมาณของรัฐได้ เจตนารมณ์อีกประการหนึ่งของกฎหมาย

ฉบับนี้คือ การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนถือเป็นการแบ่งเบาภาระทางการคลังของรัฐ อีกทั้งเพื่อประโยชน์ในการถ่ายทอดเทคโนโลยี นวัตกรรมต่าง ๆ จากฝั่งเอกชน และกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง คำว่า กรอบวินัยการเงินการคลังนี้ หมายถึง ความเหมาะสมด้านระยะเวลากับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปจากกิจการนั้นว่าคุ้มค่าหรือไม่ รัฐต้องแบกรับภาระหนักเกินไปหรือไม่ และ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีสามารถใช้อำนาจ และพบว่าในกฎหมายฉบับนี้ได้ กำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่รัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะในการที่จะเข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุนหรือมอบให้ผู้อื่นดำเนินโครงการร่วมลงทุนเป็นการชั่วคราว แก่ใช้สัญญาร่วมลงทุน หรือบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ โดยในกรณีที่เหตุจากการใช้อำนาจนั้นไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม อันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง¹³⁵ ที่กำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้ชัดเจน

13. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่ใช้บังคับแก่ส่วนราชการ เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุ ใช้บังคับแก่ส่วนราชการ ซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับ การพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณเงินกู้ และเงินช่วยเหลือ โดยระเบียบนี้วางหลักเกณฑ์กระบวนการเกิดและสิ้นสุดของสัญญาของทางราชการ โดยกระบวนการก่อนเริ่มทำสัญญานั้นจะเน้นหนักไปทางความโปร่งใสการดำเนินการอย่างเปิดเผยและความแข่งขันอย่างเสรีของการจัดหาพัสดุของราชการ นอกจากนี้ยังมีระเบียบเฉพาะของหน่วยงานราชการต่าง ๆ เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ข้อบังคับของรัฐวิสาหกิจในแต่ละแห่งไป ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

14. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ใช้สำหรับการจัดหาพัสดุดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยวิธีการซื้อหรือการจ้างแต่ไม่รวมถึงการจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีพิเศษและวิธีกรณีพิเศษที่สามารถทำได้ตามระเบียบอื่น โดยกำหนดให้ผู้เสนอราคาได้เสนอราคาแข่งขันกันเองด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ภายในระยะเวลา และ สถานที่ที่กำหนดโดยไม่เปิดเผยตัวเลขที่มีการเสนอราคา

15. พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งบังคับใช้กับทุกหน่วยงานของรัฐ ในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานกำกับของรัฐสภาและหน่วยงานในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹³⁵ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

สาระสำคัญหลายประการที่แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกฯ คือ มีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อ/จัดจ้าง ในระบบใน ระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำแผนการ จัดซื้อจัดจ้าง การประกาศเชิญชวน ราคากลาง เกณฑ์การพิจารณา ข้อเสนอการประกาศผลผู้ชนะ การยกเลิกการจัดซื้อ/จัดจ้าง การทำสัญญาและการบริหารสัญญา และเน้นถึงความโปร่งใส กระจ่างอย่างเปิดเผย ตัวอย่างเช่นห้ามมิให้ผู้มีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อมหรือมีความสัมพันธ์ ทำสัญญากับหน่วยงานราชการ หรือกระทำในลักษณะแสวงหาประโยชน์จากการเข้ามาเป็นคู่สัญญากับทางราชการ หรือ เกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอ ให้พิจารณาประโยชน์และวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องใช้ราคาต่ำสุด ในขณะที่ ระเบียบสำนักนายกฯ จะพิจารณาราคาต่ำสุดเป็นเกณฑ์การทำสัญญา กฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญเช่น การกำหนดวิธีจัดซื้อจัดจ้างงานจ้างที่ปรึกษา งานจ้างออกแบบควบคุมงาน ขั้นตอนการทำสัญญา การงด ลดค่าปรับ การขยายระยะเวลาของสัญญา การบอกเลิกสัญญา และลักษณะของการทำงาน เป็นต้น

ดังนั้น เห็นได้ว่าแรกเริ่มของการให้เอกชนมาทำกิจการบริการสาธารณะหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในลักษณะของสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากธรรมชาตินั้น อยู่ในรูปแบบของพระบรมราชานุญาตของพระมหากษัตริย์ โดยทำเป็นข้อตกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่มีหลักฐานแน่ชัดปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดเป็นกฎหมายกลางเฉพาะควบคุม และเริ่มมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นกฎหมายเฉพาะบังคับใช้กับกิจการประเภทนั้นๆ เช่น พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก พ.ศ.2457 (ร.ศ. 116) พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พุทธศักราช 2464 เป็นต้น ต่อมาอำนาจในการให้อนุญาตเป็นของรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงที่กำหนด มี พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนพุทธศักราช 2471 กำหนดกิจการบางประเภทที่รัฐห้ามมิให้เอกชนเข้ามาทำโดยไม่ได้ขออนุญาตจากรัฐเสียก่อน และเริ่มมีกฎหมายกลางเพื่อควบคุมกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ตลอดจนกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติจัดซื้อ จัดจ้าง การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือระเบียบที่ใช้ในส่วนราชการในการจัดซื้อ จัดหา จัดจ้าง พัสดุ บริการต่างๆ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และ กฎหมายกลางที่ใช้ในการอนุญาตให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่น พระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ถึงแม้ว่า กฎหมายเหล่านี้จะเป็นกฎหมายที่ควบคุมและกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าสัญญาทุกประเภทที่อยู่ภายใต้กฎหมายเหล่านี้จะเป็นสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพราะสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีลักษณะเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

3.6 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง¹³⁶ ดังนั้น สิ่งสำคัญอย่างยิ่งคือ การแยกคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติที่กำหนดถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองใน มาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้น มีสาระสำคัญว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งจากมาตรานี้เป็นการให้คำนิยามที่ใช้คำว่า หมายความว่ารวมถึง¹³⁷ เป็นการให้คำนิยามแบบยกตัวอย่างประเภทของสัญญาทางปกครองเท่านั้นโดยเจตนารมณ์ของผู้ร่างก็คือ ต้องการให้ศาลปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อไปในอนาคต เพราะไม่สามารถกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองได้อย่างครบถ้วนในเวลานั้น ดังนั้น จากการกำหนดในมาตรานี้ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นต้องมีลักษณะ 2 ประการ ดังนี้ คือ ประการที่ 1.พิจารณาจากคู่สัญญา คือ คู่สัญญาต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ¹³⁸ ประการที่ 2.พิจารณาจากประเภทของสัญญา คือต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ฉะนั้นสัญญาทางปกครองตามที่มาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 กำหนด มีลักษณะ ดังนี้

1. คู่สัญญาต้องมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่จังหวัด อำเภอ ราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ เช่นองค์การมหาชนต่างๆ ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐเช่นองค์การตามรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร รวมไปถึงหน่วยธุรการขององค์กรอิสระ เช่นสำนักงานศาลยุติธรรม ฯลฯ และให้หมายความรวมถึง

¹³⁶ มาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹³⁷ จากรายงานในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของวุฒิสภาในการประชุมครั้งที่ 2 วันที่ 17 มีนาคม 2542

¹³⁸ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งองค์กรนี้อาจเป็นเอกชนก็ได้หากได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2. พิจารณาจากประเภทของสัญญา คือต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ

2.1 สัญญาสัมปทาน คำนิยามของคำว่า “สัญญาสัมปทาน” ในปัจจุบันนี้ ยังไม่มีการกำหนดให้ความหมายใดๆ ของคำว่า “สัมปทาน” ไว้ในบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยที่ผ่านมาได้พิจารณาลักษณะของสัญญาสัมปทานจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง โดยนำความหมายจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.349/2549 ที่เป็นผู้ฟ้องคดีขอพิพาทระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (ผู้ฟ้องคดี) และ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยกล่าวถึงลักษณะของการที่รัฐให้สัมปทานในการจัดตั้งและส่งวิทยุโทรทัศน์ภายใต้เงื่อนไข มีลักษณะอันเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมิใช่สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งพบว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีลักษณะคือการที่รัฐให้ออกชนมาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐในกิจการบริการสาธารณะอันอยู่ในภาระหน้าที่ของตนภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยเอกชนต้องรับความเสี่ยงและลงทุนเอง และเอกชนจะมีสิทธิเก็บค่าบริการโดยตรงจากผู้ใช้บริการนั้น เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวงต่างๆ เช่น สัญญาโครงการทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัททางยกระดับดอนเมืองกรุงเทพ จำกัด ตามพระราชบัญญัติทางหลวง 2535 หรือ สัญญาที่บริษัทขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด ทำสัญญาสัมปทานให้ออกชนนำรถขนส่งมาวิ่งร่วมในถนนหลวง ตามระเบียบและคู่มือรถร่วม บริษัทขนส่ง จำกัด พ.ศ. 2473 หรือ หน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับบริษัทเอกชนบริการรถไฟฟ้า ตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 เป็นต้น สัญญาประเภทนี้มักมีชื่อสัญญาขึ้นต้นว่าสัญญาสัมปทาน แต่ก็ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะสัญญาที่ขึ้นต้นว่าสัญญาสัมปทานเท่านั้นจะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาสัมปทานประเภทนี้นั้นอาจใช้ชื่อสัญญาว่าอย่างอื่นแต่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะได้ เช่น สัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ ที่เป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐมอบหมายให้ออกชนเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะโดยการก่อสร้างทางด่วนและให้บริการแก่ประชาชนก็เป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเช่นเดียวกัน ในสัญญาสัมปทานนี้ มักปรากฏคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องมีการนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในการทำสัญญานั้นแล้วเสมอ แต่สำหรับ พระราชบัญญัติร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่ยกเลิก พระราชบัญญัติเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่บังคับ

ใช้ในปัจจุบันนั้น ใช้คำว่า “ร่วมลงทุน” แทนคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” แต่ยังคงให้ความหมายเช่นเดิม โดยหมายความว่าร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือ ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด จะเห็นได้ว่ามีความหมายกว้างกว่าการให้เอกชนมาร่วมลงทุนด้วยเงินตราเท่านั้น ยังรวมถึงการอนุญาต ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิตามที่บัญญัติกำหนดไว้ และ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังได้มีการกำหนดประเภทกิจการของการสัมปทานที่ต้องบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เช่น ถนนทางหลวง ทางพิเศษ การขนส่งทางถนน, รถไฟ รถไฟฟ้าการขนส่งทางราง ท่าอากาศยานการขนส่งทางอากาศ, ท่าเรือการขนส่งทางน้ำ, การพลังงาน, การโทรคมนาคมการสื่อสาร เป็นต้น

2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือองค์กรอื่น และมีข้อกำหนดให้บุคคลอื่นหรือองค์กรอื่นมาจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครองหรือร่วมกับหน่วยงานทางปกครอง โดยหน่วยงานทางปกครองให้เงินหรือประโยชน์อื่นๆแก่บุคคลนั้นเป็นการตอบแทน สัญญาประเภทนี้จะมีลักษณะของ“การให้บริการ”

ลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นจะมีความคล้ายคลึงกับสัญญาสัมปทานคือ ให้เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะแทนหรือร่วมกันกับหน่วยงานทางปกครอง แต่แตกต่างกันตรงที่การจ่ายค่าตอบแทนแก่คู่สัญญาเอกชน โดยสัญญาประเภทนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้ค่าตอบแทนโดยตรงจากหน่วยงานทางปกครองอาจเป็นรูปแบบ ค่าตอบแทน ค่าจ้าง ค่าเช่า ก็ได้ ที่เรียกชื่อแตกต่างกันออกไป ซึ่งพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และสิ่งที่ต้องพิจารณาคือ กิจการนั้นต้องเป็นหน้าที่หลักของหน่วยงานทางปกครองนั้นด้วย เช่น มาตรา 89 (4) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 กำหนดให้หนึ่งในหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร คือ รักษาความสะอาดของบ้านเมือง

ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2551 ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่กรุงเทพมหานคร (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) ทำสัญญาว่าจ้างเอกชนมาเก็บขยะ โดยจ่ายค่าจ้างเป็นรายตันหรือแล้วแต่จะตกลงกัน

ในสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น อาจใช้ชื่อของสัญญาที่มีชื่อเรียกอื่นๆ ก็ได้ เช่น ในสัญญานี้ใช้ชื่อว่า “สัญญาเช่า” ก็มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะได้เช่นเดียวกัน ถ้ามีลักษณะของการที่คู่สัญญาได้รับค่าตอบแทนจากหน่วยงานทางปกครอง

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 92/2556 คดีที่เอกชนยื่นฟ้อง กรุงเทพมหานครว่าผิดสัญญาเช่ารถกวาดคูฝุ่นพร้อมพนักงานขับรถ ขอให้ชำระค่าเช่าพร้อมดอกเบี้ย เห็นว่า สัญญาเช่ารถดังกล่าวนี้ โจทก์ผู้ให้เช่าต้องส่งมอบรถให้แก่กรุงเทพมหานครผู้เช่า และต้องจัดหาคนขับรถทำหน้าที่ขับรถ และพนักงานผู้ควบคุมงาน โดยเฉพาะในการนำรถไปใช้ทำความสะอาดถนน ตรอก ซอย ต้องทำแผนดำเนินการ รายละเอียดบุคลากร และการใช้เครื่องจักรอุปกรณ์ ให้ฝ่ายจำเลย โดยจำเลยให้ความเห็นชอบก่อนการปฏิบัติงานในการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อย ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของจำเลยในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่จำเลยตกลงให้โจทก์เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาเช่าระหว่างโจทก์และจำเลย จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะยังรวมถึง การจ้างบุคคลมาจัดทำบริการสาธารณะร่วมกันกับหน่วยงานทางปกครอง หากสัญญาเพื่อกิจการบริการสาธารณะนั้นเป็นหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เช่น

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2552 กรุงเทพมหานคร ทำสัญญาจ้างบริษัทเอกชนให้จัดหาพนักงานต้อนรับมาประจำที่ศาลาว่าการและที่ทำการเขตต่างๆใน กรุงเทพมหานคร ทำงานตั้งแต่เวลา 7.30-16.30 น. ระยะเวลา 13 เดือน โดยมีหน้าที่ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำในการติดต่อราชการ จำนวน 103 คน พนักงานเหล่านี้เป็นลูกจ้างของบริษัทฯ คณะกรรมการชี้ขาดว่า หน้าที่คอยแนะนำและช่วยเหลือประชาชนที่มาติดต่อทำธุรกรรมกับกทมและที่ว่าการเขตต่างๆ ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ อันเป็นหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร ฉะนั้น สัญญานี้จึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะที่ คู่สัญญาเอกชน ทำร่วมกับกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

และยังไปรวมถึงสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เครื่องมือ อุปกรณ์ที่จำเป็นต่อหน่วยงานทางปกครอง นั้น หากขาดไปจะทำให้การบริการสาธารณะไม่บรรลุผล เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 451/2550 สัญญาซื้อขายชุดความเร็วของรถจักรยานดีเซล ของการรถไฟ เพราะชุดควบคุมระบบไฮโดรลิคเป็นอุปกรณ์สำคัญของรถจักรยานดีเซลเพื่อให้การเดินรถไฟปลอดภัย จึงเป็นการจัดให้มีเครื่องมืออุปกรณ์สำคัญจำเป็นต่อการบริการสาธารณะด้านการคมนาคม จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 38/2554 สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์นำมาใช้เพื่อบริการข้อมูลด้านการท่องเที่ยวของ ศูนย์การท่องเที่ยว จ สระบุรี จึงเป็นเครื่องมืออุปกรณ์ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะและนำเครื่องมือนั้นมาใช้ในการบริการสาธารณะโดยตรงจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่1/2554 สัญญาซื้อเครื่องคัดขนาดไข่และฆ่าเชื้อไข่ ของกรมปศุสัตว์ เพื่อจัดเตรียมนำไปใช้ในการสกัดวัคซีนป้องกันโรค ศาลยุติธรรมเห็นว่าเป็นสัญญาซื้อขายทางแพ่งธรรมดา แต่ศาลปกครองพิจารณาว่าเป็นสัญญาซื้อขายเครื่องมือที่สำคัญ จำเป็นต่อการบริการสาธารณะ อันเป็นหน้าที่หลักโดยตรงของหน่วยงานทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในกรณีนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง เป็นการจัดหาวัสดุธรรมดาที่สนับสนุนภารกิจหลักของกรมปศุสัตว์เท่านั้น

การให้ความเห็นชี้ขาดของคณะกรรมการหรือการตีความแนวคำพิพากษาของศาล ก่อให้เกิดข้อถกเถียงหรือความเห็นในทางวิชาการตามมา ว่าเป็นเรื่องของความคิดเห็นของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเท่านั้น อันขาดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการแยกถึงความสำคัญของเครื่องมือหรือวัสดุอุปกรณ์นั้น เพราะวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ นั้น ก็มีความจำเป็นเช่นเดียวกัน อาจมีความจำเป็นมากหรือน้อยแต่ก็ต่างทำให้การบริการสาธารณะบรรลุผลเช่นเดียวกัน การตีความเช่นนี้ เป็นเกณฑ์ที่กว้างและไม่ชัดเจน ย่อมมีผลให้แต่ละข้อพิพาทไม่ชัดเจน และไม่แน่นอน

ในระยะหลัง ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมา คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีแนวโน้มหรือทิศทางการพิจารณาประเภทของสัญญาซื้อขาย จัดซื้อ จัดจ้าง จัดหา ซื้อขาย เช่า สิ่งที่เป็นอุปกรณ์หรือเครื่องมือสำคัญของหน่วยงานทางปกครองเปลี่ยนไปจากเดิมคือ หากเป็นกรณีสัญญาซื้อขาย จัดซื้อ จัดจ้าง จัดหา ซื้อขาย เช่า สิ่งที่เป็นอุปกรณ์หรือเครื่องมือสำคัญของหน่วยงานทางปกครองจะใช้เกณฑ์พิจารณาที่เคร่งครัดขึ้น ให้แคบลงกว่าเดิม คือถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นเป็นไปเพียงเพื่อซื้อสิ่งของหรือจัดหาพัสดุมาใช้ในหน่วยงาน แม้เป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ใช้ในการบริการสาธารณะให้หน่วยงานทางปกครองบรรลุผลก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นไม่มีลักษณะของการให้คู่สัญญามาเข้าดำเนินการหรือมาเข้าร่วมทำภารกิจของหน่วยงานทางปกครองนั้น สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่ง แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พยายามที่จะตีความสัญญาทางปกครองให้แคบลง โดยถ้าเป็นเรื่องสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะก็ต้องเป็นเรื่องที่เป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของหน่วยงานทางปกครอง ต้องไม่ใช่เป็นเรื่องที่ไกลกว่าหน้าที่โดยตรง และคู่สัญญาต้องเข้าร่วมบริการสาธารณะแทนหรือร่วมกันกับรัฐด้วย หรือหากเป็นสัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภคก็คือจัดให้มีสิ่งของ ก็ต้องเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงของหน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายอิฐหินปูนทรายย่อมไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 122/2557 สำนักงานตำรวจแห่งชาติซื้อรถจักรยานยนต์นำขบวนพร้อมสัญญาณไฟไซเรนและวิทยุสื่อสารติดรถจักรยานยนต์ จากบริษัทเอกชน เพื่อนำมาใช้ในการนำขบวนอาคันตุกะมาเยือนประเทศไทย หรือ พระราชวงศ์การรักษาความ

ปลอดภัยของบุคคลสำคัญซึ่งถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ดังนั้น สัญญาซื้อขายนี้ จึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ให้บรรลุผล เป็นหน้าที่ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตาม พ.ร.บ. สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ดังนั้นเมื่อสัญญาซื้อขายรถ ไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินกิจการหรือเข้าร่วมภารกิจของหน่วยงานทางปกครองและวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะเป็นแต่เพียงให้ได้มาซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในหน่วยงานเท่านั้นทั้งข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะผูกพันกันด้วยใจสมัครตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค จึงไม่ใช่ข้อพิพาททางสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 1/2558 สัญญาที่การรถไฟทำสัญญาซื้อไม้หมอนรางรถไฟกับบริษัทเอกชน เพื่อให้บริการด้านการคมนาคมขนส่งของการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นการให้บริการสาธารณะการจัดหาเครื่องมืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการซ่อมบำรุงดูแลรักษารถไฟรางรถไฟไม้หมอนรองรางรถไฟจึงเป็นการจำเป็นเพื่อให้การบริการคมนาคมขนส่งอันเป็นการบริการสาธารณะบรรลุผลและมีความต่อเนื่องสัญญาซื้อไม้หมอนรองรางรถไฟดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดหาเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะแต่เมื่อพิจารณาสัญญาแล้วสาระสำคัญของสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินกิจการหรือเข้าร่วมภารกิจของหน่วยงานทางปกครองเป็นเพียงการให้จัดหาและส่งมอบไม้หมอนรองรางรถไฟให้เพื่อใช้ในกิจการเท่านั้นทั้งข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะผูกพันกันด้วยใจสมัครตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วางหลักไว้ว่า สิ่งที่จะถือว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้นต้องมีลักษณะดังนี้

1. สิ่งสาธารณูปโภคนั้นต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือ สิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ
2. ต้องเป็นสิ่งที่ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรืออาจเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่หน่วยงานทางปกครองต้องใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้น เช่น ถนน สะพานข้ามแม่น้ำ สะพานลอย ที่เป็นสิ่งสาธารณูปโภคโดยสภาพในตัว หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ตัวของมันเอง กรณีจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคคือเป็นเครื่องมือสำคัญที่หน่วยงานทางปกครองต้องใช้ในการบริการสาธารณะ เช่นอาคารเรียน ระบบสายส่งประปา เขื่อน รวมไปถึงการซ่อมแซมสิ่งเหล่านี้ด้วย ในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ย่อมมีขั้นตอนก่อนหรือระหว่างจะเสร็จสิ้นสมบูรณ์ของการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ อาจจะไปประกอบด้วยกระบวนการออกแบบ การควบคุมการก่อสร้าง และการเริ่มก่อสร้างจนก่อสร้างเสร็จสิ้น ดังนั้น กระบวนการที่

เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคนั้น เริ่มตั้งแต่จัดหาที่ดิน การออกแบบสิ่งก่อสร้างหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่นั้น กรณีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีคำวินิจฉัยที่47/2557 ว่า สัญญาจ้างให้ออกแบบสิ่งสาธารณูปโภค และการควบคุมงานงานสิ่งก่อสร้างสาธารณูปโภคให้เป็นไปตามแบบคือกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งของการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้นจึงถือว่าข้อพิพาทในสัญญาจ้างออกแบบสิ่งสาธารณูปโภคเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ถ้าวินิจฉัยได้ว่าตั้งแต่กระบวนการออกแบบ การควบคุมงาน การตรวจรับงาน จนถึงการก่อสร้างเสร็จสิ้น จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค องค์กฤษฎากการที่เกี่ยวข้องจึงยึดถือแนวทางนี้มาโดยตลอด

มีปัญหาที่น่าคิดอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นมาคือ หากเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างบ้านพักข้าราชการหรือหอพักนักศึกษาของหน่วยงานทางปกครอง จะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือไม่นั้น แม้ตัวอาคารเองเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่ด้วยตัวของอาคารเองไม่ได้เป็นสิ่งที่ประชาชนใช้ร่วมกัน และไม่ได้ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะส่วนรวม คณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เคยวินิจฉัยว่าแม้ตัวอาคารเอง ประชาชนไม่ได้เข้าไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน แต่อาคารเป็นที่พักอาศัยที่จำเป็นสำหรับข้าราชการ พนักงานที่มีหน้าที่บริการสาธารณะ ดังนั้น ตัวอาคารจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญต่อการบริการสาธารณะให้บรรลุผลด้วยเช่นกัน จึงถือว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ดังตัวอย่างเช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 115/2548

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการสถานีตำรวจดับเพลิงและอาคารที่พักอาศัยของจนทตำรวจดับเพลิง เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นบริการสาธารณะของรัฐ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ต่อมาแนวทางวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในปัจจุบันได้เปลี่ยนแนวทางไป โดยคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้เปลี่ยนแนวการวินิจฉัยแตกต่างไปจากเดิมคือ ถึงแม้ว่าสิ่งก่อสร้างนั้น จะเป็นถาวรวัตถุและมีความสำคัญต่อหน่วยงานทางปกครองก็ตามแต่ถ้าประชาชนไม่ได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น อาคารที่พักอาศัย บ้านพักข้าราชการ จะไม่ถือว่าเป็นสัญญาจ้างสิ่งก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดที่ 52/2560

คดีที่เอกชนฟ้องกองบัญชาการกองทัพไทยกับพวกให้ชำระค่าจ้างและสินไหมทดแทนกรณีผิดสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารพักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร 16 ครอบครัว จำนวน 4 หลัง ตามโครงการก่อสร้างบ้านพักข้าราชการ กองบัญชาการกองทัพไทย พื้นที่ศูนย์รักษาความปลอดภัย กรุงเทพมหานคร แมื่กองบัญชาการกองทัพไทยมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่สัญญาพิพาทเป็นสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารพักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร เพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของข้าราชการ อันมิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญาเป็นหน่วยงานทางปกครอง จึงอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

2.4 สัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

การที่รัฐมีทรัพยากรธรรมชาติมากมาย เช่น ป่าไม้ รั้งนก แร่ธาตุในผืนดิน หน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่ดูแลอยู่อนุญาตให้เอกชนนำทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ไปใช้ เช่นกรมทรัพยากรธรณีดูแลเกี่ยวกับแร่ธาตุในผืนดิน กรมป่าไม้ดูแลป่าไม้ เป็นต้น และผู้ได้รับอนุญาตจ่ายค่าตอบแทนจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้ให้แก่หน่วยงานทางปกครอง การออกใบอนุญาตนี้เรียกว่าการประทานบัตร ผู้ถือประทานบัตรตกลงว่าเมื่อตนเข้าไปแสวงหารายได้หรือผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้นจะแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่หน่วยงานทางปกครองเป็นค่าตอบแทน ไม่ว่าจะได้รับประโยชน์จากทรัพยากรนั้นหรือไม่ก็ตาม บางกรณีเรียกว่าค่าภาคหลวง สัญญาประเภทนี้จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 อนุญาตให้สำรวจและผลิตปิโตรเลียม หรือพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 อนุญาตการออกอาชญาบัตรในการสำรวจเหมืองแร่ ฉะนั้นถึงแม้ว่าสัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น แม้ไม่มีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แท้จริงแล้วเป็นการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ ตามกฎหมายมาตรานี้ก็กำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

ดังนั้น ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงกำหนดให้สัญญาทางปกครอง มี 4 ประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้น

ต่อมาเมื่อคดีพิพาทในลักษณะของการที่หน่วยงานทางปกครองให้ทุนแก่ข้าราชการไปศึกษาต่อต่างประเทศโดยมีข้อกำหนดในสัญญาว่าเมื่อจบการศึกษาแล้วต้องกลับมาทำงานและชดใช้ทุนการศึกษาตามที่กำหนดในสัญญา แต่เมื่อครบกำหนดสัญญาแล้ว ข้าราชการผู้รับทุนไม่กลับมาปฏิบัติในหน่วยงานราชการของตน หน่วยงานทางปกครองนั้นจึงฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ให้พิจารณา

ว่าสัญญานี้จะเป็นสัญญาทางปกครองใน 4 ลักษณะอันอยู่ในเงื่อนไขของอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ศาลปกครองได้พิจารณาและมีคำสั่งในข้อพิพาทและได้วางหลักแนวทางเกี่ยวกับสัญญาลักษณะดังกล่าว ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

สัญญาการศึกษาต่อต่างประเทศโดยทุนของส่วนราชการ ระหว่างกองทัพเรือ กับ นาย ก โดยมีวัตถุประสงค์คือ ข้าราชการผู้รับทุนการศึกษานั้นต้องกลับมารับราชการ ซึ่งในสัญญามีข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐที่ไม่อาจพบได้ในทางแพ่งทั่วไป เช่น มีข้อกำหนดจำกัดสิทธิไม่ให้ผู้รับทุนลาออกจากราชการ หรือ โอนสังกัด หน่วยงานราชการสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว หรือให้อำนาจหน่วยงานราชการเรียกผู้รับทุนการศึกษากลับก่อนกำหนดได้ไม่ว่ากรณีใดๆ และผู้รับทุนการศึกษานั้นต้องยินยอมให้เรียกกลับหรือปลดผู้รับทุนออกจากราชการได้แม้ไม่มีความผิดใดๆก็ตาม ดังนั้น สัญญาให้ข้าราชการรับทุนการศึกษาเพื่อไปศึกษาต่อต่างประเทศนั้นจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ฉะนั้น จากคดีพิพาทนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 จึงได้มีการวางหลักเกณฑ์กำหนดถึงประเภทของสัญญาทางปกครองเพิ่มขึ้นมาอีก โดยได้กำหนดถึงลักษณะทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครองประเภทนี้ ดังนี้

1. สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น เห็นได้ว่าการกำหนดประเภทและตีความของศาลปกครองสูงสุดได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะของระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก¹³⁹ โดยมีการวางหลักและยึดหลักเกณฑ์เรื่องการบริการสาธารณะเป็นสำคัญในแนวเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตัวอย่างของการทำสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ

คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 62/2557 การเคหะแห่งชาติทำสัญญากับเอกชนให้จัดหาที่ดินและระบบสาธารณูปโภคของโครงการฯ เพื่อดำเนินกิจการโครงการบ้านเอื้ออาทร ซึ่งเอกชนจะต้องจัดหาที่ดินและเงินทุนในการก่อสร้างอาคารพร้อมระบบสาธารณูปโภคทั้งภายในและภายนอกโครงการ โดยที่ดินต้องมีเอกสารสิทธิ์และทางออกสู่ถนนสาธารณะ แต่บริษัทเอกชนคู่สัญญาทำงานล่าช้าเกินกว่ากำหนด

¹³⁹ รายงานการประชุมเชิงปฏิบัติการข้าราชการศาลยุติธรรม ศาลทหาร ศาลปกครอง และบุคลากรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม เรื่อง ปัญหาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง: การตีความของศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล , ในวันศุกร์ที่ 23 สิงหาคม 2556 ณ ศูนย์ประชุมวายุภักษ์ , หน้า 63

จึงมีหนังสือแจ้งเตือนก่อนเลิกสัญญาพร้อมทั้งใช้สิทธิปรับและริบหลักประกันตามสัญญา ข้อเท็จจริงนี้
นี้เมื่อการเคหะมีอำนาจหน้าที่ภายใต้วัตถุประสงค์ในการจัดหาและก่อสร้างอาคารที่อยู่อาศัยโครงการ
บ้านเอื้ออาทรให้แก่ประชาชนผู้มีรายได้น้อย อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นการที่การ
เคหะ(หน่วยงานทางปกครอง) ได้ทำสัญญาให้คู่สัญญาเอกชนเข้าร่วมดำเนินกิจการโครงการดังกล่าว
ดังนั้น สัญญาเข้าร่วมโครงการที่พิพาทจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 801/2557 กรุงเทพมหานครอันเป็นหน่วยงานทางปกครองได้ให้
บริษัทเอกชนจัดหาที่ดินเพื่อจัดทำเป็นตลาด จึงมีลักษณะเป็นการมอบหมายให้บริษัทเอกชนแห่งนี้เข้า
ร่วมดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลอันเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของ กทม. ตาม
พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

2. สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้
อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ลักษณะ
ของสัญญาประเภทนี้อธิบายได้ว่า สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ และมีเนื้อหาใน
สัญญาว่า คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองนั้นจะต้องมีการกำหนดในสัญญาหรือมีลักษณะของการ
แสดงให้เห็นถึงการมีอภิสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้การมี
เอกสิทธิ์ที่เหนือกว่านั้นก็เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 828/2555 องค์การบริหารส่วนตำบลเกาะหวาดได้มีการ
การประกาศประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อก่อสร้างระบบประปา โดยผู้เสนอราคาต้องวาง
หลักประกันของพร้อมยื่นประมูล โดยสัญญานี้ได้มีสาระสำคัญกำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบล
เกาะหวาดมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขสัญญา และการบอก
เลิกสัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองที่เป็นลักษณะพิเศษของ
สัญญาทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมในการดำเนินการบริการ
สาธารณะ

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 90/2556 คดีที่เอกชนยื่น
ฟ้องสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล โดยอ้างว่า ผิดสัญญาจ้างระบบเกมสลาก ไม่ยอมจำหน่ายสลาก
และไม่ออกหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเริ่มให้บริการ โดย สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (หน่วยงานทาง
ปกครอง) ให้การว่า ไม่ได้ผิดสัญญา แต่การกระทำตามฟ้องของโจทก์นั้นเป็นเพราะมีเหตุขัดข้อง
ทั้งจากข้อกฎหมายและนโยบายของรัฐในแต่ละช่วงเวลา และในสัญญามีสาระสำคัญเป็นการจ้างให้ผู้
ฟ้องคดีออกแบบจัดทำ ติดตั้งระบบเกมสลาก เครื่องจำหน่ายสลาก โดยมีข้อกำหนดในสัญญาให้ผู้ถูก

ฟ้องคดีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลาได้ก็ได้ ในกรณีที่รัฐบาลล้มเลิกโครงการหรือมีความจำเป็นต้องล้มเลิกโครงการออกสลากพิเศษแบบเลขท้าย 3 ตัว และ 2 ตัว โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะขดเซยการลงทุนบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ดังนั้น สัญญาจ้างระบบบริการเกมสลากดังกล่าว ที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีเลิกสัญญาได้ด้วยเพียงเหตุที่ว่า รัฐบาลมีนโยบายล้มเลิกโครงการ จึงเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นอนางมากไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่9/2555¹⁴⁰ สัญญาซื้อขายประตูตรวจค้นโลหะของกรมธนารักษ์ กรมธนารักษ์เป็นหน่วยงานระดับกรม สังกัด กระทรวงการคลัง มีภารกิจและอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการผลิตเหรียญกษาปณ์และจัดสร้างเครื่องราชอิสริยยศ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ และเก็บรักษาทรัพย์สินมีค่าของ แผ่นดิน ให้มีความปลอดภัยและอยู่ในสภาพที่ดี ได้ทำสัญญาซื้อประตูตรวจค้นโลหะพร้อมติดตั้งระบบและ ฝึกฝนการใช้งานกับบริษัทเอกชนเพื่อใช้ในการตรวจค้นเพื่อป้องกันมิให้เหรียญกษาปณ์ โลหะที่มีค่า เช่น เงิน ทองคำ ทรัพย์สินที่มีค่าของแผ่นดินที่กรมธนารักษ์ มีหน้าที่เก็บรักษาที่เป็นโลหะ ต้องสูญหายไป จึงเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามภารกิจและอำนาจหน้าที่ของกรมธนารักษ์ ถ้าไม่มีระบบรักษาความปลอดภัยที่รัดกุม และมั่นคงสูงแล้ว โลหะที่มีค่าและทรัพย์สินที่มีค่าของแผ่นดินย่อมสูญหายไป อาจทำให้กรมธนารักษ์ปฏิบัติตามภารกิจอำนาจหน้าที่ของตนไม่บรรลุผล เครื่องตรวจค้นโลหะจึงถือเป็น เครื่องมือสำคัญที่กรมธนารักษ์จำเป็นต้องจัดหา ในสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่กรมฯ ซึ่งไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ได้แก่ ในข้อ 4 ที่กำหนดให้บริษัทเอกชน ต้องใช้เรือไทยในการขนส่งสิ่งของหรือเครื่องตรวจโลหะตามสัญญา ซึ่งหากขนส่งสิ่งของโดยไม่ใช่เรือไทย จะต้องนำหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียมพิเศษเนื่องจากการ ไม่บรรทุกของโดยเรือไทย จึงจะมีสิทธิได้รับเงินค่าส่งของจากกรมฯ สัญญาพิพาทจึงไม่ได้ทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความ เท่าเทียมกันเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งอีก สัญญาพิพาทคดีนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ฉะนั้น ทั้งสัญญาที่ถูกกำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 และ วางหลักโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ก็ล้วนแต่เป็นสัญญาทางปกครองที่ถูกกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้นในระบอบกฎหมายไทยในปัจจุบันนี้ อาจแบ่งสัญญาทางปกครองออกได้เป็น2ประเภทคือ

1. สัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย คือ สัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง อันได้แก่ สัญญาประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ

¹⁴⁰ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่9/2555

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มี 4 ประเภท คือสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

2. สัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือสัญญาที่ลักษณะของสัญญาประเภทนี้ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามกฎหมาย แต่ด้วยสภาพหรือลักษณะของสัญญาเอง มีอาจเป็นสัญญาทางแพ่ง โดยพิจารณาถึงการทำสัญญาของคู่สัญญาที่เข้ามาร่วม หรือมาดำเนินการบริการสาธารณณะตามที่มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ 6 /2544 ที่วางหลักไว้ จึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณณะไม่ว่ารัฐจะให้เอกชนมาจัดทำร่วมกันหรือจัดทำแทน หรือสัญญาที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาในเนื้อหาของสัญญานั้นๆ

3.7 การปรับใช้หลักสุจริตในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

นับแต่มีการเปิดทำการของศาลปกครอง เมื่อปีพ.ศ.2544 เป็นต้นมา คดีปกครองที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง มีรายงานดังนี้¹⁴¹

เขตอำนาจศาล	จำนวนคดีรับเข้าทั้งหมด	จำนวนคดีที่แล้วเสร็จ
ศาลปกครองสูงสุด	45,157	32,606
ศาลปกครองกลาง	50,129	44,585
ศาลปกครองเชียงใหม่	7,893	6,769
ศาลปกครองสงขลา	6,718	6,289
ศาลปกครองนครราชสีมา	8,560	7,650
ศาลปกครองขอนแก่น	9,364	8,294
ศาลปกครองพิษณุโลก	5,643	5,096
ศาลปกครองระยอง	5,092	4,274
ศาลปกครองนครศรีธรรมราช	5,857	5,140
ศาลปกครองอุดรราชธานี	3,227	2,700
ศาลปกครองอุบลราชธานี	4,789	4,057
ศาลปกครองเพชรบุรี	1,580	1,333
ศาลปกครองนครสวรรค์	643	426
ศาลปกครองสุพรรณบุรี	100	26
ศาลปกครองภูเก็ต	275	43
ศาลปกครองยะลา	317	15

¹⁴¹ ศาลปกครอง <http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotalcourttotal.html> ณ 30 มิถุนายน 2562

แยกประเภทเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคดีพัสดุ 2544-2562¹⁴²

ข้อมูลปีพ.ศ.	จำนวนคดีสัญญาทางปกครองและพัสดุ
2562	1,062
2561	1,173
2560	1,203
2559	1,361
2558	889
2557	857
2556	887
2555	842
2554	812
2553	787
2552	721
2551	768
2550	770
2549	618
2548	647
2547	524
2546	831
2545	562
2544	455

ก. การปรับใช้หลักสุจริตในสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานในระบบกฎหมายไทยแบ่งออกได้เป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ กับสัญญาที่ให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรจากรัฐชาติที่มักมีข้อขึ้นต้นว่าสัญญาสัมปทานเหมือนกัน จากการศึกษาค้นคว้า พบว่ามีคดีที่ศาลปกครองได้นำเอาหลักสุจริตเข้ามาพิจารณา

¹⁴² อ่างแล้ว(แหล่งเดิม)

พิพากษาคดีประเภทนี้ บางคดีศาลปกครองได้มีการกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตโดยตรงในคำพิพากษา ซึ่งเท่ากับว่า ศาลปกครองได้ยอมรับว่า หลักสุจริตคือหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำมาใช้เป็นวิธีในคดีปกครองได้ คดีปกครองได้การนำหลักสุจริตมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมีตัวอย่างดังนี้

1. การใช้เอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญา

การใช้เอกสิทธิ์เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในสัญญาสัมปทาน ได้ถูกรับรองอย่างชัดแจ้งใน พระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2562 ที่ยกเลิกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่ง พระราชบัญญัติฉบับนี้ ใช้สำหรับโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีมูลค่า 5,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือต่ำกว่า 5,000 ล้านบาทได้ โดยได้รับความเห็นชอบโดยคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน Public Private Partnership (PPP) ในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ เพราะในปัจจุบันนี้ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอีกทางเลือกที่น่าสนใจ โดยเฉพาะในยุคที่รัฐมีภารกิจบริการสาธารณะมากมายที่อาจส่งผลกระทบต่อด้านงบประมาณของรัฐได้ เจตนารมณ์อีกประการหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้คือ การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนถือเป็นการแบ่งเบาภาระทางการคลังของรัฐ อีกทั้งเพื่อประโยชน์ในการถ่ายทอดเทคโนโลยี และนวัตกรรมต่าง ๆ จากภาคเอกชน และกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง คำว่ากรอบวินัยการเงินการคลังนี้ หมายถึง ความเหมาะสมด้านระยะเวลากับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปจากกิจการนั้น ว่าคุ้มค่าหรือไม่ รัฐต้องแบกรับภาระหนักเกินไปหรือไม่ และ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีสามารถใช้อำนาจในการร่วมทุนกับคู่สัญญาเอกชนได้ ดังนั้น สัญญาที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงมักอยู่ในรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หรือสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือเข้าร่วมบริการสาธารณะร่วมกันกับรัฐ ที่มีมูลค่าสูงเกินกว่า 5,000 ล้านบาทขึ้นไป และพบว่าในกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่รัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะในการที่จะเข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุนหรือมอบให้ผู้อื่นดำเนินโครงการร่วมลงทุนเป็นการชั่วคราว แก่ไขสัญญาร่วมลงทุน หรือบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้¹⁴³ โดยในกรณีที่เหตุจากการใช้อำนาจนั้นไม่ได้มา

¹⁴³ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

จากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม อันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง ที่กำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้ชัดเจน

สัญญาทางปกครองประเภทที่เป็นสัญญาสัมปทานนั้น โดยส่วนใหญ่แล้ว คู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตาม พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 15¹⁴⁴ กำหนดให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจกำหนดให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และมีผลผูกพันคู่สัญญา ซึ่งถือว่าเป็นทางเลือกของคู่สัญญา หากมีการนำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการไว้มาฟ้องต่อศาลและคู่กรณีได้สละสิทธิตามข้อสัญญา ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 14 วรรค 1 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545¹⁴⁵ ก็จะทำให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น

โดยในมาตรา 34 วรรคสาม กำหนดให้ คู่พิพาทสามารถกำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม หากคู่สัญญาเห็นว่าขาดหลักสุจริตและเป็นธรรม ก็สามารถใช้สิทธิ ตาม มาตรา 9 (6) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ คู่สัญญาจึงสามารถร้องขอศาลปกครองให้เพิกถอนคำชี้ขาด หรือ ให้ศาลบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเกี่ยวกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นได้ หรือ อาจเกิดจากกรณีที่สัญญาทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐได้ทำขึ้นและมีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญา โดยเฉพาะสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการซึ่งทำภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่คณะรัฐมนตรี กำหนดขึ้นเพื่อให้กระทรวง ทบวง กรม และราชการส่วนภูมิภาคใช้ สำหรับราชการส่วน ท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจนั้นแม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ต้องปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว ซึ่งราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ก็นำเอาหลักการของระเบียบสำนักนายกฯ ไปใช้ด้วยเช่นกัน ฉะนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยพัสดุฯ ฉบับนี้จึงมีความสำคัญต่อระบบการจัดซื้อ จัดจ้างของภาครัฐเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในแบบ

¹⁴⁴ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

¹⁴⁵ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้

สัญญาแนบท้าย ที่มีข้อกำหนดที่กำหนดไว้ ให้องค์กรภาครัฐเลือกใช้กรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่าง คู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดตามสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดและคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการให้ถือเป็นเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่สัญญา ซึ่งเมื่อฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครองโดยใช้รูปแบบสัญญาแนบท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2535 หากฝ่ายปกครองไม่ได้มีการยกเลิกข้อกำหนดดังกล่าว ในสัญญาแนบท้ายนั้น ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงต้องเสนอข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท¹⁴⁶ ดังนั้น คดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานจึงเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองมีจำนวนไม่มากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ยกเว้น เป็นกรณีร้องขอต่อศาลปกครองที่ให้ศาลปกครองเพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สิ่งสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางสัญญาปกครองก็คือ กฎหมายที่ใช้บังคับ กับการอนุญาโตตุลาการ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 ได้บัญญัติว่าคู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับ กับการอนุญาโตตุลาการได้และหากคู่กรณีมิได้กำหนดกฎหมายไว้ให้ อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายไทยบังคับไว้แต่ กรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายก็ให้พิจารณาตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และอาจตกลงให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักความสุจริตและความเป็นธรรมโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายก็ได้ ที่เรียกว่า “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Exaequo et bono or As amiable compositeur)” หลักการนี้ อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่เห็นว่าเป็นธรรมต่อคู่พิพาทมากที่สุด ซึ่งจะเห็นว่า หลักสุจริต มีความสำคัญยิ่งใน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาและตัดสินคดีของศาล โดยศาลจะต้องตัดสินโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ

ตัวอย่างของการนำหลักสุจริตมาพิจารณาคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ได้แก่

1. การตีความตามสัญญาที่คู่สัญญาใช้สิทธิสุจริตตามสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1440/2559

สำนักงานอนุรักษ์ และพัฒนาสวนป่าพิชฌุโลก (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชะลอการทำไม้สักตามสัญญา เนื่องจากเกิดปัญหาในการส่งมอบพื้นที่สวนป่า ทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องหยุดการดำเนินการตามสัญญาตั้งแต่วันที่ดังกล่าว โดยไม่มีกำหนดระยะเวลาการส่งมอบที่

¹⁴⁶ สุริรัตน์ ประจันปัญญิก. (2558). ปัญหาทางข้อกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แน่นอน จนกระทั่งล่วงเลยกำหนดระยะเวลา ก็ยังไม่สามารถระบุพื้นที่ที่ชัดเจนได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้ทราบพื้นที่ที่จะส่งมอบเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีเข้าดำเนินการตามสัญญา เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2551 ตามบันทึกข้อความกรมป่าไม้ สำนักงานส่งเสริมการปลูกป่า ที่ได้อนุญาตทำไม้ตามแผน การตัดสร้างขยายระยะได้ตามระเบียบ ซึ่งเป็นเวลากว่าหนึ่งปีจึงจะทราบพื้นที่ที่แน่นอน เห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีความบกพร่องไม่สามารถระบุพื้นที่ที่ชัดเจนในการเข้าปฏิบัติงานตามสัญญาได้จนไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ในการทำไม้ให้แก่ผู้ฟ้องคดี ได้ตามสัญญา ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือที่ เพื่อขอทราบผลการตรวจสอบความผิดพลาดคลาดเคลื่อนในการรับมอบส่งมอบพื้นที่สวนป่าวัดโบสถ์โดยขอทราบผลเป็นหนังสือภายใน 15 วัน หากไม่ได้รับแจ้งผู้ฟ้องคดีขอถือเอาหนังสือนี้ เป็นการเลิกสัญญา และต่อมา ผู้ฟ้องคดีขอเลิกสัญญาและขอคืนเงินประกันสัญญา จำนวน 111,500 บาท พร้อมขอสงวนสิทธิในการเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่ดำเนินการ ตลอดจนค่าเสียหายที่เกิดจากคำสั่งให้ระงับการทำไม้ตลอด 10 เดือนที่ผ่านมา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา เนื่องจากไม่สามารถส่งมอบพื้นที่สวนป่าให้ผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานได้ภายในเวลาอันสมควร เมื่อผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาในการเลิกสัญญาและขอคืนเงินประกันสัญญา จำนวน 111,500 บาท พร้อมสงวนสิทธิในการเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่ดำเนินการ ตลอดจนค่าเสียหายที่เกิดจากคำสั่งให้ระงับการทำไม้ คู่สัญญาจึงต้องกลับสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม โดยผู้ถูกฟ้องคดีต้องคืนเงินค้ำประกันจำนวน 111,500 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี แก่ผู้ฟ้องคดีนับแต่วันที่รับเงินค้ำประกัน แต่เนื่องจากผู้ฟ้องคดีขอดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ 25 มกราคม 2550 จึงให้คิดดอกเบี้ยจากวันดังกล่าว คดีมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า ผู้ฟ้องคดีควรได้รับชดใช้ค่าการงานเป็นจำนวนเท่าใด พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้นการที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงผลสำเร็จของงานตามข้อกำหนดในสัญญาซึ่งได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินงาน

เมื่อศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าการ คิดเป็นการดำเนินงานร้อยละ 60 ค่าจ้างลูกบาศก์เมตรละ 11 บาท คิดเป็นเงิน 5,254.92 บาท การโค่นล้ม ตัดปลาย รีดกิ่ง เป็นท่อนเดียว ถือว่าเป็นการปฏิบัติงานตามสัญญาที่ สอ.พล. 23/2549 ร้อยละ 60 คิดเป็นเงิน 3,309.24 บาท ถือว่าเป็นปฏิบัติตามสัญญา เพียงร้อยละ 80 คิดเป็นเงิน 11,231.36 บาท รวมเป็นเงิน 14,540.60 บาท และทำการโค่นล้ม ตัดทอน ตกแต่งเป็นท่อนซุงตามที่พนักงานหมายวัดตัดทอน และทำการชักลากออกมารวมกอง ณ ริมทางตรวจการเรียบร้อยแล้วได้ไม้จำนวน ถือเป็นการทำไม้เสร็จสิ้นตามสัญญาโดยครบถ้วนผลงานคิดเป็นเงิน 6,532.50 บาท ทั้งนี้เมื่อรวมผลการทำไม้ตามสัญญาทั้งสองสัญญาดังกล่าวแล้ว รวมเป็นเงิน 25,378.93 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่

30 พฤศจิกายน 2550 ซึ่งเป็นวันถัดจากวันเลิกสัญญาเป็นต้นไป จึงเหมาะสมแล้ว คดีมีประเด็น ประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือไม่อย่างไร ศาลปกครองสูงสุด พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 391 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า การใช้ สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่ และมาตรา 368 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดย พิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ประกอบกับมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต เมื่อข้อเท็จจริง ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ชะลอการทำให้ไม่อย่างไม่มีกำหนดระยะเวลาจนล่วงเลยเกินกว่า ระยะเวลาอันควร ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีที่ไม่สามารถเข้าดำเนินการตามสัญญาได้ และ ต้องรอการส่งมอบพื้นที่อย่างไม่มีกำหนด ผู้ถูกฟ้องคดีแม้มีสิทธิตามข้อ 2 ของสัญญา ในการที่จะสั่งงด หรือเลื่อนเวลาทำให้ การทำให้เป็นไปตามคำสั่งที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขแล้วแต่กรณี โดยผู้รับจ้างไม่มี สิทธิโต้แย้งและเรียกร้องค่าเสียหาย ค่าใช้จ่ายใดๆ จากผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น แม้จะมีข้อกำหนดยกเว้นสิทธิใน การเรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้ถูกฟ้องคดี แต่การอ้างข้อยกเว้นตามข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องกระทำโดย สุจริต เมื่อการมีคำสั่งให้ชะลอการทำให้ของผู้ถูกฟ้องคดีไม่กำหนดระยะเวลาที่แน่ชัด และปล่อยให้ ระยะเวลาล่วงเลยไปกว่าสิบเดือน การอ้างข้อสัญญาดังกล่าวเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบจึงเป็นไปโดยไม่สุจริต ผู้ ถูกฟ้องคดีจึงมีอาจปฏิเสธความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี ชดใช้ค่าเสียหายที่ได้ใช้จ่ายในการดำเนินงานทั้งก่อนและหลังจากมีคำสั่งให้ชะลอทำ เมื่อผู้ฟ้องคดีมี สิทธิเลิกสัญญาและมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายโดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็น เรื่องหนังสือ เรื่อง ขอให้ชะลอการทำให้สักเพื่อตัดสายขยายระยะเวลาในพื้นที่สวนป่า คำสั่งของกรมป่าไม้ เรื่อง ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชะลอการทำให้สักแปลงสวนป่าวัดโบสถ์ ว่าเป็นคำสั่งที่ชอบ ด้วยกฎหมายหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าคดีพิพาทนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้นำเอา มาตรา 368 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในเรื่องของการตีความตามสัญญาโดยสุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.208/2558

การที่องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอนุญาตประกอบกิจการขนส่ง ผู้โดยสารจากนายทะเบียนกลาง โดยความเห็นชอบจาก คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ใน เส้นทางเดินรถสาย ลาดพร้าว วัดบึงทองหลาง ได้ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดี 15 คน ซึ่งเป็นผู้ประกอบ กิจการรถโดยสารสองแถวขนาดเล็กให้มาเข้าร่วมวิ่งรถรับส่ง ในเส้นทางลาดพร้าว ถึง ซอยวัดบึง ทองหลาง ต่อมา คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ได้มีมติเปลี่ยนเส้นทางรถใหม่ ทำให้ผู้ถูก

ฟ้องคดี องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) ต้องเดินรถผ่านเข้าไปในซอยวัด
บึงทองกลาง ทับซ้อนกับเส้นทางเดินรถของผู้ฟ้องคดี 15 คน เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดี 15 คน จึงนำคดี
มาฟ้องศาลปกครอง เพราะเห็นว่าองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ผิดสัญญา และไม่มีสิทธิ์นำรถ
โดยสารประจำทางของตนมาทับซ้อนเส้นทางเดินรถดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุด พิเคราะห์ว่า เมื่อ
เนื้อความในสัญญาในรถโดยสารขนาดเล็กที่ทำกันนั้น ไม่ปรากฏว่ามีข้อห้ามไม่ให้ องค์การขนส่ง
มวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) นำรถโดยสารประจำทางรับ ส่ง ผู้โดยสารในเส้นทางนั้นแต่
อย่างไร มีเพียงข้อสัญญาที่กำหนดว่า ในระหว่างอายุสัญญาสัมปทานหลักยังไม่สิ้นสุด ผู้ถูกฟ้องคดี
องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) มีสิทธิให้เอกชนรายใดเข้าร่วมเดินรถตาม
สัญญาหลักได้ทุกเมื่อ ซึ่งการตีความตามสัญญานั้น ตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ ท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น ในการ
พิเคราะห์ถึงสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา นอกจากจะต้องพิจารณาตามเนื้อความตาม
สัญญาแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาในทางสุจริตและพิจารณาถึงปกติประเพณีใน
การทำสัญญานั้นๆด้วย จึงเห็นได้ว่า ข้อกำหนดดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะรับรองสิทธิของ
องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการจำกัด
สิทธิหรือตัดสิทธิในการที่จะเดินรถโดยสารประจำทางด้วยตนเอง โดยปกติประเพณีทั่วไป หาก
คู่สัญญาต้องการจำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ต้องมีการระบุถึงข้อจำกัด หรือ ข้อห้ามดังกล่าว
อย่างชัดเจน แม้จะเข้าใจกันมาโดยตลอดว่า องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง)
จะไม่นำรถโดยสาร มารับส่งในเส้นทางเดินรถดังกล่าวก็ตาม นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ
ลักษณะของรถ จำนวนรถ และค่าโดยสารแล้ว ก็ยังมีความแตกต่างกัน โดยรถโดยสารของ
องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) เป็นรถปรับอากาศและธรรมดา ราคา 18
บาทและ 10 บาท ในขณะที่รถโดยสารของผู้ฟ้องคดี 15 คน เป็นรถโดยสารมาตรฐานสองแถวราคา
4 บาท จึงไม่ถือว่าเป็นการแข่งขันแต่อย่างใด ถือว่า องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทาง
ปกครอง) เป็นการกระทำโดยสุจริตตามหน้าที่ที่ได้รับอนุญาตจากกรมการขนส่งทางบกแล้ว

คดีพิพาทนี้ผู้วิจยวิเคราะห์ว่า ในสัญญาไม่มีข้อห้ามให้ ขสมกนำรถโดยสารอื่นมาวิ่ง
เองสามารถ .ซ้อนกับเส้นทางของคู่สัญญาเอกชน แสดงให้เห็นว่า สัญญานี้ยอมไม่ปิดโอกาสให้ ขสมก
นำรถโดยสารมาแข่งขันกับคู่สัญญาได้ โดยศาลปกครองได้ตีความตามไปในทางประสงค์โดยสุจริต
ทั่วไปโดยพิจารณาถึงปกติประเพณีของการกำหนดข้อความในลักษณะของการไม่ห้ามให้แข่งขันกับ
คู่สัญญาเอกชน

2. การบอกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้ตามสัญญาหรือตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ 374/2549 กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน ระวังการทำให้ไม่ตามสัญญาสัมปทานป่าไม้ชายเลน และไม่ส่งมอบพื้นที่ป่าไม้ให้ผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าเป็นการทำตามคำสั่งให้ระวังการทำให้ของอธิบดีกรมป่าไม้ ตามคำสั่งของมติคณะรัฐมนตรี และเป็นการใช้อำนาจตามสัญญา ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จากการสั่งระวังการทำให้ของอธิบดีกรมป่าไม้ ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินกิจการสัมปทานส่วนที่เหลือต่อไปได้ โดยมีความเสียหายในส่วนของเงินที่ลงทุน การจัดทำทำเทียบเรือ เงินลงทุนในการสร้างเตาเผาถ่าน ค่าก่อสร้างบ้านพักคนงาน และค่ายานพาหนะที่ใช้ในการดำเนินกิจการ ทำให้ไม่ตามเงื่อนไขสัมปทานป่าไม้ชายเลน จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทนี้ ศาลปกครองตัดสินโดยไม่ได้กล่าวอ้างถึง มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง โดยศาลปกครองใช้คำว่า การกระทำของกรมป่าไม้ (หน่วยงานทางปกครอง) “เป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันจะอ้างได้” เป็นการเลิกสัญญาโดยไม่สุจริตแต่ไม่กล่าวอ้างถึง มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ในคำพิพากษาจะใช้คำว่าสุจริตก็ตาม

ข. การปรับใช้หลักสุจริตในสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค นับว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่รัฐทำกับเอกชนมากที่สุดประเภทหนึ่ง เพื่อให้มาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นที่ซึ่งประชาชนได้ใช้ร่วมกัน การนำหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาคดีปกครองจากการศึกษาค้นคว้ามีดังนี้

1. กรณีการใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขข้อสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญาหรือสิทธิอื่นๆ ในลักษณะที่เป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น อาจเป็นกฎหมายเฉพาะของการทำสัญญาทางปกครองแต่ละประเภทนั้นๆ และยักรวมถึง กฎหมายต่างๆ อันอาจเป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้เฉพาะในหน่วยงานทางปกครอง อันเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง จัดหา สิ่งที่ได้มา อันเป็นวัตถุประสงค์ต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้าง พ.ศ. 2560 มาตรา 103 ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งบังคับใช้กับทุกหน่วยงานของรัฐ ในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยราชการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานกำกับของรัฐสภาและหน่วยงานในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานที่กำหนดในกฎกระทรวง สาระสำคัญหลายประการที่แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี คือ มีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อ จัดจ้าง ในระบบสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำ

แผนการจัดซื้อ จัดจ้าง การประกาศเชิญชวน ราคากลาง เกณฑ์การพิจารณา ข้อเสนอการประกาศผล ผู้ชนะ การยกเลิกการจัดซื้อ จัดจ้าง การทำสัญญาและการบริหารสัญญา และเน้นถึงความโปร่งใส คุ่มค่า กระทบอย่างเปิดเผย กฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญเช่น การกำหนดวิธีจัดซื้อ จัดจ้าง งานจ้าง ที่ปรึกษา งานจ้างออกแบบควบคุมงาน ขั้นตอนการทำสัญญา การงด ลดค่าปรับ การขยายระยะเวลา ของสัญญา การบอกเลิกสัญญา และลักษณะของการทำงาน เป็นต้น

และ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่ใช้บังคับแก่ส่วนราชการเรื่องการ ดำเนินการเกี่ยวกับพัสดุ ใช้บังคับแก่ส่วนราชการ ซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับ การพัสดุโดยใช้เงิน งบประมาณเงินกู้ และเงินช่วยเหลือ โดยระเบียบนี้วางหลักเกณฑ์กระบวนการเกิดและสิ้นสุดของ สัญญาของทางราชการ เช่น ข้อ 136 ที่กำหนดถึงการแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์ทางราชการ หรือ ข้อ 137 ว่าด้วยการเลิกสัญญา เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีระเบียบเฉพาะของหน่วยงานราชการต่างๆ

เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วน ท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ข้อบังคับของรัฐวิสาหกิจในแต่ละแห่งไป

จากการศึกษาค้นคว้า ศาลปกครองได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาจัดให้มีสิ่ง สาธารณูปโภค มีดังตัวอย่างดังนี้

1. กรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554 องค์การบริหารส่วนตำบล ทำสัญญาจ้างผู้ พ้องคดีให้ทำการก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กพร้อมถมดินลูกรังบดอัด คอสะพาน โดย กำหนดให้ใช้ฐานรากแบบตอกเสาเข็ม และ ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือคำประกันของธนาคารเป็นหลักประกัน ในการปฏิบัติตามสัญญา ต่อมาหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้เข้าแจ้งขอเข้าทำงานและขอรับมอบพื้นที่ ผู้ฟ้อง คดีได้ทำการทดสอบชั้นดินโดยใช้วิธีตอกเสาเข็มลงไปในพื้นที่ดินและพบว่าไม่สามารถตอกได้ จึงทำ หนังสือแจ้งไปยัง องค์การบริหารส่วนตำบล (หน่วยงานทางปกครอง) เพื่อขอเปลี่ยนแปลงฐานราก สะพานแบบตอกเสาเข็มเป็นแบบฐานแผ่ ขอหยุดทำงานและขอขยายระยะเวลาการก่อสร้างตาม สัญญา แต่องค์การบริหารส่วนตำบล ไม่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงแบบฐานรากสะพาน ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ องค์การบริหารส่วนตำบลทบทวน โดยที่มิได้เข้าทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดใน สัญญา องค์การบริหารส่วนตำบล จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา แล้วจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ ต่อมา ผู้รับจ้าง รายใหม่ ได้เริ่มทำการก่อสร้างตามแบบเดิม ก็พบว่ามีหินตาดขวางอยู่ จึงส่งให้สถาบันทางการศึกษา วิเคราะห์ความเหมาะสม แล้วจึงพบว่าบริเวณดังกล่าวนั้นไม่สามารถตอกเสาเข็มได้ องค์การบริหาร

ส่วนตำบล จึงอนุมัติให้เปลี่ยนการก่อสร้างโดยใช้ฐานรากแบบแผ่ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา การทำงานให้ไม่ได้นั้น เนื่องจากการที่องค์การบริหารส่วนตำบล ไม่ได้แก้ไขปัญหาให้เรื่องของการเปลี่ยนแบบฐานราก ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อข้อกำหนดในสัญญาระบุว่า องค์การบริหารส่วนตำบล มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ทำงานแทนผู้ฟ้องคดีได้ หากผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงานที่จ้างให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด แต่การที่ องค์การบริหารส่วนตำบล ไม่ได้ดำเนินการให้มีการสำรวจสภาพดินและทดสอบกำลังรับน้ำหนักบรรทุกของบริเวณดินที่ทำการก่อสร้างว่าเหมาะสมที่จะใช้ฐานรากของสะพานเป็นแบบใด แต่ได้ประกาศสอบราคาจ้างและในสัญญาว่าจ้างว่าให้ทำแบบตอกเสาเข็ม จึงมิได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลวิศวกรรมมาตั้งแต่ต้น ดังนั้นการที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำการใช้แท่งเหล็กตอกลงไปในดิน เป็นวิธีทดสอบแล้วมีผลว่าไม่สามารถทำได้ กรณีนี้จึงย่อมมีเหตุอันควรสงสัยในความเหมาะสมของแบบ การที่ องค์การบริหารส่วนตำบล ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ดำเนินการทำการทดสอบกำลังรับน้ำหนักของดินตามที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอมา ว่าเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ แต่ได้บายเบี่ยงไม่อนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบฐานรากตามคำขอของผู้ฟ้องคดี และไม่ดำเนินการตรวจสอบสถานที่ก่อนดำเนินการสอบราคาจ้างว่าเหมาะสมที่จะใช้ฐานรากแบบใด แต่ได้ประกาศไว้ในประกาศสอบราคาและสัญญาจ้างว่าให้ก่อสร้างเป็นแบบตอกเสาเข็ม และใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างโดยอ้างเหตุว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงานที่จ้างให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า การที่องค์การบริหารส่วนตำบล ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ได้หาวิธีการอื่นใด หรือ ทดสอบวิธีการอื่นใด เพื่อพิจารณาประกอบการตัดสินใจก่อนที่จะบอกเลิกสัญญานั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต อันเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ ตามนัยแห่งมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นกรณีจึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและ องค์การบริหารส่วนตำบล ผู้ถูกฟ้องคดี จะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาเอกชนตามปกติที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต จากคดีพิพาทนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาโดยกล่าวอ้างนำหลักสุจริตแห่ง มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาโดยตรงและเป็นหลักในการใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.160/2550

องค์การบริหารส่วนตำบล(ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการสอบราคา โดยทำสัญญารับจ้างก่อสร้างถึงเก็บน้ำตามโครงการพัฒนาแหล่งน้ำในท้องถิ่น กับ แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศยกเลิกสัญญาดังกล่าว โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีเสนอผลงานไม่ตรงตามคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคา โดยมีผลงานประเภทเดียวกันกับงานที่สอบราคาจ้างในวงเงินต่ำกว่าที่

กำหนดไว้ในเอกสารดังกล่าวประกอบกับผู้ฟ้องคดีไม่เข้าดำเนินงานก่อสร้างภายในเวลาที่กำหนดในสัญญา หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีได้เรียกผู้เสนอราคาต่ำสุดรายแรกที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคามาต่อรองราคาและทำสัญญาจ้างโดยไม่มี การสอบราคาใหม่ซึ่งผู้รับจ้างคนใหม่ได้ทำงานแล้วเสร็จตามสัญญาแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่ได้ทำผิดสัญญาและเงื่อนไขตามเอกสารสอบราคา การเลิกสัญญาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้ตนได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีที่ผู้ว่าจ้างทำสัญญาจ้างโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของผู้รับจ้าง ถือเป็น การสำคัญผิดในสาระสำคัญของการทำนิติกรรม ซึ่งส่งผลให้สัญญาจ้างนั้นตกเป็นโมฆียะ ทั้งนี้ ตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม หากความสำคัญผิดดังกล่าวเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ว่าจ้างเอง ผู้ว่าจ้างย่อมไม่อาจถือเอาเหตุแห่งความสำคัญผิดดังกล่าวมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตน ตามมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในชั้นของการดำเนินการสอบราคาผู้ฟ้องคดีได้ผ่านขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้รับจ้าง จนกระทั่งมีการทำสัญญาจ้างแล้ว แม้ผลงานของผู้ฟ้องคดีที่ได้เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีจะมีวงเงินไม่ถึงตามที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคาก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีก็ได้เสนอราคาและระบุผลงานโดยเปิดเผย ไม่ได้ปกปิดแต่ประการใด ประกอบกับคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาได้เสนอให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคาและผู้ถูกฟ้องคดีได้ตกลงว่าจ้างผู้ฟ้องคดีแล้วดังนั้น แม้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างจะได้แสดงเจตนาตกลงทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีไปโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี แต่ก็ เป็นความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ถูกฟ้องคดี จึงไม่อาจถือเอาความสำคัญผิดดังกล่าวมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุข้างต้นจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้ลงมือทำงานภายในกำหนดระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในขณะที่ยกเลิกสัญญาจ้างระยะเวลาได้ล่วงเลยจากวันเริ่มสัญญาไปเพียง 11 วัน เท่านั้นนอกจากนั้น ตามข้อ 5ก. วรรคสอง ของสัญญาจ้างยังกำหนดว่า ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในกำหนด 7 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือแจ้งให้เริ่มงาน แต่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามข้อสัญญา ดังกล่าวแต่อย่างใด จึงไม่มีเหตุสมควรที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะยกเลิกสัญญาจ้างข้างต้น

คดีพิพาทนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะนำความบกพร่องของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาอันเนื่องมาจากการสำคัญผิดในคุณสมบัติของคู่สัญญามาเป็นเหตุแห่งการยกเลิกสัญญาได้ก็ต่อเมื่อความบกพร่องดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง ดังนี้ ย่อมถือว่าเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต โดยศาลปกครองได้กล่าวอ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน

2. หลักสุจริตที่เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าปรับจากการผิดสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.412/2557 เทศบาล(หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี ให้ทำการก่อสร้างถนนตามโครงการปรับปรุงภูมิทัศน์ โดยสัญญากำหนดวันที่ต้องแล้วเสร็จในวันที่ 22 กันยายน พ.ศ. 2550 ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทำการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามสัญญา จึงมีการทำบันทึกข้อตกลงระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีว่าผู้ถูกฟ้องคดียินยอมชำระค่าปรับโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถทำการก่อสร้างต่อไปจนกว่าจะแล้วเสร็จ ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการชำระค่าปรับตามบันทึกข้อตกลง แต่ก็ไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทำการก่อสร้างต่อให้แล้วเสร็จเพื่อให้ทันตามระยะเวลาตามที่กำหนดในสัญญา ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือบอกกล่าวให้ผู้ถูกฟ้องคดีเร่งทำการก่อสร้างให้แล้วเสร็จ ข้อพิพาทนี้ศาลปกครองเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีเจตนาใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตาม มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นผู้ฟ้องคดี จึงมีสิทธิปรับค่าปรับจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.510/2554 เทศบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญากับบริษัทเอกชน (ผู้ฟ้องคดี) เพื่อมาก่อสร้างปรับปรุงสถานที่กำจัดขยะมูลฝอย เมื่อได้เริ่มทำการก่อสร้างผู้ฟ้องคดีพบว่าชั้นดินทรายในบริเวณที่จะทำการก่อสร้างเกิดการพังทลายของชั้นดิน ทำให้เกิดปัญหาน้ำใต้ดินไหลขึ้นถึงชั้นทรายทำให้ชั้นดินเหนียวไม่ได้คุณภาพซึ่งเป็นปัญหาและอุปสรรคในการก่อสร้าง สัญญากำหนดให้งานแล้วเสร็จเมื่อวันที่ 24 กันยายน 2543 จึงทำให้งานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา ในวันที่ 30 พฤษภาคม 2545 เทศบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี จึงได้ทำข้อตกลงบันทึกแนบท้ายสัญญาแก้ไขปรับแปลงการก่อสร้างใหม่ และขยายระยะเวลากำหนดการให้แล้วเสร็จ จาก 24 กันยายน 2543 เป็นวันที่ 27 สิงหาคม 2545 โดยผู้ฟ้องคดีเชื่อถือและไว้วางใจว่า เทศบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี จะไม่ใช้สิทธิปรับเนื่องจากการส่งมอบงานล่าช้า ต่อมา 29 กรกฎาคม 2545 เทศบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี จึงขอทำบันทึกท้ายสัญญาเพื่อใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดี ก่อนที่จะครบกำหนดสัญญาที่แก้ไขใหม่ตามวันที่กำหนดใหม่ให้แล้วเสร็จเพียง 30 วัน

ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ เทศบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ทำบันทึกข้อตกลงใหม่เพียงเพื่อจะใช้สิทธิปรับจากการส่งมอบงานล่าช้าเป็นจำนวนถึง 311 วัน รวมเป็นเงินที่ถูกปรับจำนวน 3,249,950 บาท ซึ่งการใช้สิทธิตามสุจริตของการทำสัญญานั้น ตามมาตรา 5

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลต้องกระทำการโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง การที่ เทศบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ทำบันทึกยินยอมให้ ผู้ฟ้องคดีได้ทำงานต่อจนแล้วเสร็จแล้วส่งมอบงานให้ในวันที่ 26 สิงหาคม 2545 โดยผู้ฟ้องคดีเชื่อถือและไว้วางใจว่าผู้ฟ้องคดีจะไม่ใช้สิทธิปรับเนื่องมาจากความล่าช้า จากการออกแบบก่อสร้างของ ผู้ฟ้องคดีเอง การใช้สิทธิปรับจึงถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่สุจริต ตาม มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.626/2555 กรมเจ้าท่า (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดี ได้ทำสัญญาจ้างเหมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อให้มาก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่งแม่น้ำท่าจีน ที่จังหวัดนครปฐม ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำงานไปได้สักระยะหนึ่ง แต่ยังไม่ถึงครึ่งของงานที่จ้างทั้งหมด กรมเจ้าท่า (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือเร่งรัดให้ปฏิบัติงาน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงขอขยายระยะเวลา โดยความยินยอมของ กรมเจ้าท่า (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดี ไปอีก 265 วัน ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือยืนยันที่จะถูกปรับจากการส่งมอบงานล่าช้าตามสัญญา และขอทำการก่อสร้างต่อไปจนจะแล้วเสร็จ แต่งานก็ยังไม่แล้วเสร็จ ต่อมาผู้ฟ้องคดีจึงร้องขอต่อศาลถึงการผิดสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดี โดยขอปรับจากการส่งมอบงานไม่ทันตามที่กำหนดในสัญญา ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่กรมเจ้าท่า (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดี จะใช้สิทธิปรับแก่ผู้ถูกฟ้องคดีนั้น กรมเจ้าท่า (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดี ควรจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา เพราะเห็นว่างานก่อสร้างได้ล่าช้ามาก แต่ ผู้ฟ้องคดีกลับปล่อยให้เวลาล่วงเลยไปถึง 591 วัน เป็นการล่าช้าจนเกินไป และจำนวนเงินที่จะปรับผู้ถูกฟ้องคดี มีจำนวนสูงเกินกว่าครึ่งหนึ่งของสัญญาค่าจ้างตามสัญญา การใช้สิทธิปรับนี้ จึงถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริต จึงไม่อาจปรับเท่ากับจำนวนนี้ได้ จากคำพิพากษานี้ ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้อ้างมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อ้างถึงความสุจริตในการใช้สิทธิปรับในส่วนข้อ 138 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในส่วนของการลงโทษผู้ทำงาน

3. หลักสุจริตเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 64/2549 มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างให้ก่อสร้างอาคารหอพักข้าราชการ โดยในประกาศประกวดราคาไม่ได้กำหนดให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้บังคับกับ

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าว แต่ต่อมาผู้ผูกฟ้องคดีได้ตกลงจัดทำบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ มาใช้โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจ้างเดิมเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีสามารถได้รับเงินชดเชยค่าก่อสร้าง (ค่า K) อันเป็นการช่วยเหลือผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบอาชีพงานก่อสร้างที่ได้รับผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตราตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2532 แต่เมื่องานตามสัญญาจ้างแล้วเสร็จ ผู้ผูกฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างตามข้อตกลงที่แก้ไขเพิ่มเติมให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าผู้ผูกฟ้องคดีได้รับแจ้งความเห็นจากสำนักงานประมาณว่าสัญญาจ้างข้างต้นไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับเงินชดเชยเนื่องจากในประกาศประกวดราคาไม่ได้กำหนดให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้บังคับ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจ้าง เป็นการดำเนินการโดยสุจริตด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย บันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างจึงเป็นข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม แม้ว่าในประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างจะไม่ได้ระบุให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ก็ตาม รวมถึงการตกลงยินยอมให้จัดทำบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างเพื่อนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ ผู้ผูกฟ้องคดีทราบอยู่แล้วว่า เวลาที่แก้ไขเพิ่มเติมสัญญานั้น ไม่ได้มีการระบุไว้ในประกาศประกวดราคา มาตั้งแต่ต้นว่าจะนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ นอกจากนั้นผู้ผูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ย่อมเข้าใจเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการช่วยเหลือผู้ประกอบอาชีพงานก่อสร้างตามมติคณะรัฐมนตรี ได้ดีกว่าผู้ฟ้องคดี หรือหากยังเข้าใจไม่ชัดเจนก็ชอบที่จะหารือหรือขอคำแนะนำจากสำนักงานประมาณ ในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีในการวินิจฉัยปัญหาข้อหารือและกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้สัญญาแบบปรับราคาได้เสียก่อนที่จะลงนามในบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญา ผู้ผูกฟ้องคดีจึงไม่อาจปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้าง(ค่า K) โดยอ้างว่าในประกาศประกวดราคาไม่ได้ระบุให้มีการนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ พิพากษาให้ผู้ผูกฟ้องคดีชำระเงินชดเชยค่าก่อสร้าง (ค่า K) และดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดีให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ มีคำพิพากษา

เมื่อคู่สัญญาทางปกครองตกลงกันแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองฉบับเดิมโดยสุจริตด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาจึงต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่แก้ไขใหม่และไม่อาจกล่าวอ้างประโยชน์ตามข้อสัญญาเดิมเพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทในสัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง ที่มีการนำมาใช้มากในปัจจุบันนี้ เนื่องด้วยความสำเร็จของเทคโนโลยี รวมทั้งความต้องการของมนุษย์ในสมัยที่เทคโนโลยีพัฒนาและเติบโตอย่างรวดเร็ว

การที่จะพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองของไทยนั้นมีลักษณะเช่นไร อาจแยกพิจารณาดังนี้

1. โดยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ซึ่งถูกให้คำนิยามไว้ โดย มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยกำหนดถึงลักษณะของคู่สัญญาและลักษณะของสัญญาอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ โดยมีสาระสำคัญว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครอง อันได้แก่ราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และพระราชกฤษฎีกา และรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐเช่นองค์การมหาชน และรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งในที่นี้อาจตีความหมายจากหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองเช่นอำนาจในการออกกฎออกคำสั่งแทนหน่วยงานทางปกครองและอำนาจในการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะนั่นเอง และสัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

2. โดยการวางหลัก จากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ ที่ 2544/6 กำหนดให้สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐและสัญญานั้นมีลักษณะ

1. สัญญามีลักษณะของการตกลงให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งมีจุดมุ่งหมายให้คู่สัญญาเข้ามาร่วมหรือดำเนินการในการบริการสาธารณะของรัฐนั่นเอง หรือ

2. เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะได้บรรลุผล ลักษณะของสัญญาประเภทนี้อธิบายได้ว่า สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ และมีเนื้อหาในสัญญาว่า คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองนั้นจะต้องมีการกำหนดใน

สัญญาหรือมีลักษณะของการแสดงให้เห็นถึงการมีอิทธิพลเหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง

3. โดยการวางหลักของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ปี 2545 กำหนดให้สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ต้องเป็นสิ่งที่เป็นการวัตถุ และ สิ่งนั้นประชาชนได้เข้าใช้ประโยชน์ร่วมกัน ประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งอาจแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายและสัญญาโดยสภาพตามที่มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่กำหนด

ในการพิจารณาคดีปกครองนั้น องค์การตุลาการต้องตัดสินพิจารณาคดีโดยอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักสำคัญ นอกจากการนำบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว มีการกำหนดในข้อ 5 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้ วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้ และในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าในการอุดช่องว่างของกฎหมาย ในระบบกฎหมายปกครองของไทยยอมรับเพียงให้การนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาท อันต่างจาก มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้กรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้ให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป อันแสดงให้เห็นถึงในกฎหมายแพ่งมีการนำนิติวิธีในการพิจารณาคดีมาใช้ได้หลากหลายมากกว่าในกฎหมายปกครอง

ฉะนั้น จึงส่งผลแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป มีบทบาทที่สำคัญยิ่ง ในระบบกฎหมายปกครองของไทย

หลักกฎหมายทั่วไปนั้น คือหลักการที่ซ่อนอยู่ในกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ที่สกัด กลั่นกรองนำมาใช้โดยองค์การตุลาการ “หลักสุจริต” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักการหนึ่ง ที่ได้ปรากฏในคำพิพากษาหลายคดีในสมัยโรมัน โดยเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา และมีการกล่าวไว้ว่า หลักสุจริต คือหลักการอมตะ นักปราชญ์ในสมัยโรมันถือว่าหลักสุจริตเป็นหัวใจและสาระสำคัญของกฎหมายแพ่ง สำหรับในระบบกฎหมายแพ่งของไทยก็ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญมากหลักหนึ่ง ซึ่งเห็นได้จากการนำเอาหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์หลายมาตรา เช่น มาตรา 5 ที่กำหนดไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” เป็นหลักที่ใช้บังคับในการใช้สิทธิหรือชำระหนี้ทางแพ่งโดยทั่วไปของบุคคล เป็นหลักที่นำมาใช้ในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิหรือชำระหนี้ของตน เมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างกันมิได้กำหนดรายละเอียดถึงการปฏิบัติต่อกันไว้อย่างไรก็ให้ถือเอาความสุจริตเป็นที่ตั้ง เป็นไปตามหลักที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด หมายถึง การที่บุคคลใช้สิทธิหรือบังคับตามสิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาแล้วนั้นจะต้องใช้โดยสุจริต มิฉะนั้นศาลจะไม่รับรองสิทธินั้นหรือไม่รับบังคับให้ รวมถึงการชำระหนี้ก็ต้องกระทำโดยสุจริตด้วยเช่นเดียวกัน มาตรา 5 เป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจเป็นบทครอบจักรวาลและเป็นกฎหมาย “หลักทั่วไป” ถึงแม้เรื่องใดจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นอยู่แล้ว หลักตามมาตรา 5 ก็ยังใช้เป็นมาตรฐานเพื่อชี้ขาดว่าการกระทำตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้กระทำโดยขัดต่อหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจหรือไม่¹⁴⁷ มาตรา 6 ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายในการกระทำการโดยสุจริตของบุคคล เป็นบทแสดงหน้าที่นำสืบในเรื่องความสุจริต กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายให้เกิดสิทธิหรือเกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใด โดยอาศัยความสุจริตของบุคคลแล้ว บุคคลผู้อ้างเอาสิทธิหรือผลนั้นไม่ต้องนำสืบถึงความสุจริตของตน ฝ่ายที่อ้างว่าเขาไม่สุจริตต้องเป็นผู้นำสืบโดยกฎหมายสันนิษฐานว่าเขาสุจริตจนกว่าจะสืบให้ปรากฏว่าเขาไม่สุจริต¹⁴⁸ ในมาตรา 368 เป็นหลักการตีความสัญญาได้มีการบัญญัติไว้ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” ซึ่งอธิบายได้ว่าการแสดงเจตนาในสัญญาจะต้องตีความโดยถือเอาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาโดยถือหลักความเข้าใจของทั้งสองฝ่าย จะตีความโดยพิจารณาถึงแต่เจตนาของฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ ยังต้องตีความไปตามประสงค์โดยสุจริต คือตามที่คู่สัญญาเชื่อถือและไว้วางใจกันและในการนี้ศาลก็ต้องคำนึงถึงวิธีปฏิบัติต่อกันและกันมา ในมาตรา 368 เรียกว่า “ปกติประเพณี” อีกด้วย

นอกจากนี้ยังมีอีกหลายมาตราที่กล่าวถึงหลักสุจริต เช่น มาตรา 155 และ 160 การคุ้มครองผู้สุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาบกพร่อง และ มาตรา 303 วรรคสอง การคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตจากการโอนสิทธิเรียกร้อง รวมถึง การชำระหนี้จะสมบูรณ์เมื่อบุคคลผู้ชำระหนี้ได้กระทำโดยสุจริต ตามมาตรา 216 และการคุ้มครองผู้ที่ได้ทรัพย์สินอันเป็นลาภมิควรได้ไว้โดยสุจริต ตามมาตรา 412, 413 และการคุ้มครองผู้ที่ได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือ

¹⁴⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์ เรื่องเดิม หน้า 83.

¹⁴⁸ ญัฐพงศ์ โปษะบุตร. (2555) หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่ง กฎหมายแพ่งและพาณิชย์, AULJ ฉบับ ที่ 3 ปี พ.ศ. 2525. หน้า 25

ทรัพย์สินอื่นในอสังหาริมทรัพย์ โดยการจดทะเบียนการได้มาโดยสุจริต มาตรา 1299 และ มาตรา 1300 และอีกหลายมาตรา ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทยเห็นถึงความสำคัญของ “หลักสุจริต” มากพอสมควร

4.1 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ ปี พ.ศ. 2544 พบว่ามีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง จำนวนหลายคดี โดยมีทั้งกล่าวอ้างถึงหลักสุจริต ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบางคดีไม่มีการกล่าวอ้างโดยตรง ซึ่งมีตัวอย่าง ดังนี้

ก. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กล่าวอ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน

1ก. กรณีการใช้สิทธิเหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 กรณีที่สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ได้ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียนจำนวน 1 หลัง โดยได้รับเงินอุดหนุนจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่น ในสัญญากำหนดการจ่ายค่าจ้าง เป็น 4 งวด โดยงวดที่1และ2 จะชำระเงินงวดละ 400,000 บาท งวดที่3และ4 ชำระงวดละ500,000 บาท รวมทั้งสิ้น 1,800,000 บาท ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้รับเงินค่าก่อสร้างในงวดที่ 1 และ 2 เรียบร้อยแล้วเสร็จตามสัญญา ผู้ฟ้องคดีจึงส่งมอบงานงวดที่ 3 ที่เสร็จสิ้นแล้วและส่งมอบงานแล้ว ส่วนงวดที่ 4 เสร็จสิ้นเพียงบางส่วน จึงทำการเบิกของงวดที่ 3 แต่คณะกรรมการการตรวจจ้างงานก่อสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ไม่ทำการตรวจรับงานให้ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาขอนแก่น เขต 5 ไม่ได้จ่ายเงินให้แก่ สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) โดยอ้างว่า ศาลจังหวัดขอนแก่น ได้มีคำพิพากษาว่าการออกข้อบัญญัติชั่วคราว เรื่อง งบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมที่ได้รับเงินอุดหนุนในครั้งนี้ตกเป็นโมฆะ ทำให้ไม่มีงบประมาณมาชำระค่าก่อสร้างต่อไปได้ตามสัญญา ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำการก่อสร้างอาคารเรียนงวดที่ 3 และงวดที่ 4 ต่อให้แล้วเสร็จนั้น ต้องมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทราบแล้วว่าการกำหนดให้จ่ายเงินเป็นโมฆะ นั้น ก็สามารถทำได้ด้วยการแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีหยุดทำการก่อสร้าง และการที่ศาลจังหวัดขอนแก่นพิพากษาว่าข้อบัญญัตินั้น

ตกเป็นโมฆะ ทำให้ไม่มีเงินมาชำระค่าก่อสร้างในงวดถัดไปได้ นั่น จึงเป็นปัญหาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่ต้องพิจารณาถึงการก่อสร้างว่าสมควรทำต่อไปหรือไม่ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างงานงวดที่ 3 จนเสร็จสิ้นแล้วก่อสร้างงานงวดที่ 4 จนเกือบจะแล้วเสร็จนั้น กลับไม่ตรวจรับงานที่จ้างและปฏิเสธจ่ายค่าจ้าง การกระทำดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าเป็นความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเอง เพราะการปฏิเสธไม่ตรวจรับงานเพราะไม่มีงบประมาณรายจ่ายนั้น มิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการใดๆ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะใดๆ คดีนี้ศาลปกครองได้นำหลักสุจริต ตาม มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้และกล่าวอ้างอย่างชัดเจน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตรงตามองค์ประกอบของ มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยองค์ประกอบของมาตรา 5 มี 2 ประการคือ 1. มีสิทธิอยู่แล้ว 2. ใช้สิทธินั้นโดยไม่สุจริต¹⁴⁹ และการบอกเลิกสัญญา นั้นมิได้มีความสัมพันธ์กับสาธารณะประโยชน์ใดๆเลย

2ก. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้อย่างชัดเจนในกรณีการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการโดยไม่สุจริต

กรณีการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจากการที่คู่สัญญากระทำการโดยไม่สุจริตนั้น อันอาจมีลักษณะที่ตรงกับสุภาษิตกฎหมายทั่วไป ว่า บุคคลจะถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ไม่สุจริตไม่ได้ โดยมีพื้นฐานมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า ผู้กระทำการโดยมิชอบในประการใดย่อมไม่ควรได้รับประโยชน์จากการนั้น” หรือ “บุคคลไม่ควรรับประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบของตน (Commudum ex injuria sua nemo habere debet) และ การก่อความผูกพันตามสัญญาต้องคำนึงถึงความสุจริตจึงจะเป็นธรรม (Bonum fidem in contractibus considerari aequum est) หรือ สัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Ex maleficio non oritur contractus) ตัวอย่างดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ 616/2561 สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่ 1 และโรงเรียนอนุบาลหัวตะพาน (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ได้ทำสัญญาจ้างเหมาปรับปรุงสนามกีฬาพร้อมอุปกรณ์โรงเรียนอนุบาลหัวตะพาน กับ ห.จ.ก. จีโอโอดี (ผู้ฟ้องคดี) โดยสัญญาลงวันที่ 27 ธันวาคม 2555 กำหนดแล้วเสร็จ 28 มีนาคม 2556 วงเงินค่าจ้างจำนวน 4,993,000 บาท โดยมีหลักประกันเป็นเงินจำนวน 249,650 บาท ต่อมาเมื่องานแล้วเสร็จตามสัญญา

¹⁴⁹ สุต สุตรา. การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หน้า 13.

ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือส่งมอบงานและแจ้งให้ สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ที่ 1 และโรงเรียนอนุบาลหัวตะพาน (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ตรวจรับมอบงาน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชำระค่าจ้างตามสัญญา จึงทำหนังสือทวงถามขอให้ชำระค่าจ้าง ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้าง โดยแจ้งว่าหนังสือรับรองมาตรฐานและคุณสมบัติของยางแผ่นสังเคราะห์ของผู้ฟ้องคดีที่ใช้ในการประกวดราคาเป็นเอกสารปลอม ส่งผลให้สัญญาจ้างตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 156 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีพฤติการณ์สื่อเจตนากระทำการเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำสั่งบอกเลิกจ้างสัญญาดังกล่าว และให้ชำระค่าจ้างจำนวน 4,993,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 อ้างว่า แผ่นยางสังเคราะห์ไม่ผ่านการรับรองจากกรมการกีฬาแห่งประเทศไทย และไม่มีคุณสมบัติที่จะใช้ในการแข่งขันตามมาตรฐาน และกรมพลศึกษายังไม่เคยออกใบรับรองการใช้ให้ เมื่อนำมาต่อกันแล้วไม่เรียบสนิทติดกัน บางแผ่นโก่งงอ มีสีซีด ไม่เหมาะสมที่จะใช้กลางแจ้ง และจำนวนไม่เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา และจากการตรวจสอบเอกสารหลักฐานพบว่า ผู้ฟ้องคดีและบริษัท วายอีอี จำกัด ผู้เสนอราคายังเป็นผู้จัดการสำนักพิมพ์วิบูลย์ ซึ่งเป็นผู้ผลิตจำหน่ายหนังสือกายบริหาร ที่ได้มีการแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้เป็นตัวแทนจำหน่ายเพื่อใช้ในการยื่นเสนอราคาและแข่งขัน จึงถือได้ว่าเป็นการทุจริต กระทำการโดยไม่สุจริต แสดงเจตนาทุจริตหลอกลวงผู้อื่นด้วยข้อความอันเป็นเท็จ แต่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า งานได้สำเร็จเสร็จสิ้นแล้ว แม้ว่าคุณลักษณะของแผ่นยางสังเคราะห์จะมีได้ระบุว่าจะใช้ปูสนามที่อยู่กลางแจ้ง แต่ก็ไม่มีข้อความใดปรากฏเป็นข้อบ่งชี้ว่าต้องนำแผ่นยางมาปูบนสนามกีฬาก่อนเล่นและแยกเก็บรักษาแล้วนำกลับมาปูใหม่เมื่อจะใช้งานครั้งต่อไปและไม่ใช้แผ่นยางสังเคราะห์ที่จะต้องปูติดกับสนามกลางแจ้งตลอดเวลา ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียังได้ยื่นสำเนาจ้างปรับปรุงซ่อมแซมสนามกีฬาของโรงเรียนแห่งอื่นอีก 3 แห่งเพื่อรับรองว่าเคยผ่านการทำงานซ่อมแซมอื่นๆมาแล้ว โดยได้สอบถามไปยังโรงเรียนแห่งอื่น และได้รับการยืนยันว่าไม่เคยออกหนังสือรับรองผลงานก่อสร้างตามสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดียื่นเสนอราคาเป็นเอกสารปลอม จึงทำให้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 เชื่อตามเอกสารดังกล่าวจึงเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม มีผลเป็นโมฆียะ เมื่อคู่สัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 บอกล้างสัญญาจึงตกเป็นโมฆะ หากงานการที่เข้าไปแล้วหากทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ต้องรื้อถอน จึงถือได้ว่าเป็นการพันวิสัยที่จะให้กลับคืนศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ร่วมกันชำระเงินเฉพาะค่างานคอนกรีตที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งสามารถเป็นประโยชน์แก่ราชการได้ จำนวน 786,240 บาท พร้อมดอกเบี้ย ส่วนแผ่นยางให้รื้อถอน คืนให้แก่ผู้ฟ้องคดีไป ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า แผ่นยางที่ผู้ฟ้องคดีจัดทำมี

คุณภาพไม่เหมาะสม ไม่เป็นไปตามสัญญา และใช้กลางแจ้งไม่ได้ ส่วนงานก่อสร้างลานคอนกรีตเสริมเหล็กนั้น สำนักงานโยธาธิการและผังเมืองจังหวัดได้ทำการตรวจสอบแล้ว พบว่าลานคอนกรีตเสริมเหล็กเกิดการแตกร้าวหลายจุด เหล็กตะแกรงมีความลึกและมีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ได้มาตรฐานตามรูปแบบรายการ ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวได้ เมื่อคอนกรีตเสริมเหล็กไม่เป็นการงานที่เป็นประโยชน์จึงไม่ต้องชำระค่าการงาน จำนวน 786,240 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี พิพากษาคืนเฉพาะแผ่นยางสังเคราะห์และอุปกรณ์ต่างๆ โดยคดีพิพาทนี้มีการกล่าวถึงผู้ฟ้องคดีได้ การกระทำการโดยไม่สุจริตก่อนเข้าทำสัญญา จึงเป็นเหตุให้สัญญานี้ตกเป็นโมฆะไป

3ก. กรณีนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญาโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1256/ 2558

กรมชลประทาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ทำการก่อสร้างระบบส่งน้ำ โครงการระบบส่งน้ำห้วยขอนแก่น อำเภอหล่มสัก จังหวัดเพชรบูรณ์ วงเงินค่าจ้างจำนวน 71,434,801 บาท กำหนดแล้วเสร็จภายในวันที่ 13 มิถุนายน 2545 หลังจากทำสัญญาดังกล่าวแล้ว ผู้ฟ้องคดีได้ทำการก่อสร้างสะพานน้ำและรางเททิ้งน้ำ ปรากฏว่าไม่สามารถทำการตอกเสาเข็มได้ เนื่องจากสภาพพื้นที่ ใต้ผิวดินเป็นชั้นหินดานแข็ง ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือ ถึงประธานคณะกรรมการตรวจการจ้างแจ้งปัญหาและอุปสรรคในการตอกเสาเข็ม ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้อนุมัติในหลักการให้แก้ไขแบบก่อสร้างแล้ว คณะกรรมการตรวจการจ้าง (อธิบดีกรมชลประทาน) แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการตามแบบที่แก้ไขเพิ่มเติม ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการก่อสร้างตามแบบรูปที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงทำให้งานก่อสร้างเพิ่มขึ้นเป็นเงินจำนวน 1,023,140.97 บาท และการก่อสร้างมีปริมาณงานเพิ่มขึ้นจากที่ได้คำนวณประมาณงานไว้ตามสัญญาจำนวน 10,478,163.47 บาท ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชำระเงินจำนวนดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปก่อน เนื่องจากติดขัดปัญหากรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้ดำเนินการแก้ไขสัญญาก่อนสัญญาสิ้นสุดตามข้อ 136 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 .ศ. และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำลังขออนุมัติผ่อนผันไม่ปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวต่อกรมบัญชีกลาง ผู้ฟ้องคดีจึงรอกการชำระเงินดังกล่าวตามที่ได้รับแจ้งจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังมีข้อโต้แย้งกันในเรื่องการชำระเงินจำนวนดังกล่าวในวันที่ผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานทั้งหมดเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2545 แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้น จึงไม่อาจถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรจะต้องรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีในวันดังกล่าว และเมื่อกรมบัญชีกลางได้พิจารณาและไม่อนุมัติให้ผ่อนผันที่จะไม่ปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวมีผลทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่สามารถเบิกจ่ายเงินค่าก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ส่งมอบงานงวดที่ 8

ให้แก่คณะกรรมการตรวจการจ้าง และมีหนังสือลงวันที่ 12 มิถุนายน 2545 ถึงคณะกรรมการตรวจการจ้างขอส่งมอบงานทั้งสัญญาตามปริมาณงานที่ทำเสร็จจริงเป็นเงินจำนวน 82,491,977.94 บาท คณะกรรมการตรวจการจ้างมีหนังสือ ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2545 รายงานการตรวจรับงานทั้งสัญญาตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2544 ถึงวันที่ 11 มิถุนายน 2545 เป็นเงินจำนวน 82,491,977.94 บาท ต่อมาผู้ฟ้องคดีมีหนังสือ ลงวันที่ 11 มีนาคม 2546 เรงรัดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เบิกจ่ายค่างานที่เพิ่มขึ้นเป็นเงินจำนวน 11,057,176.94 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี หลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้หารือไปยังกรมบัญชีกลาง เพื่อขออนุมัติผ่อนผันให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เปลี่ยนแปลงและแก้ไขสัญญา ภายหลังจากที่มีการส่งมอบงานและคณะกรรมการตรวจการจ้างได้ตรวจรับงานเรียบร้อยแล้ว กรมบัญชีกลางมีหนังสือลงวันที่ 1 กันยายน 2548 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตอบข้อหารือว่าการที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ขออนุมัติให้แก้ไขสัญญาหลังจากที่มีการส่งมอบงาน และคณะกรรมการตรวจการจ้างตรวจรับงานเสร็จสิ้นไปก่อนแล้วนั้น ไม่มีเหตุที่จะต้องยกเว้นผ่อนผันการปฏิบัติตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่อาจเบิกจ่ายเงินค่าก่อสร้างที่เพิ่มขึ้นให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้นั้น กรณีจึงเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตกลงยินยอมกับผู้ฟ้องคดีแล้วทำให้มีการก่อสร้างตามแบบแปลนที่แก้ไขใหม่โดยมีค่าก่อสร้างที่เพิ่มขึ้นตามปริมาณงานที่จะต้องทำจริง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ละเลยไม่แก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับปริมาณงานและค่างานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว จนกระทั่งได้รับมอบงานก่อสร้างทั้งหมดและได้ออกใบรับรองผลงานตามปริมาณงานที่ก่อสร้างจริงให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้ทำเรื่องขออนุมัติต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุเพื่อขอยกเว้นระเบียบในการแก้ไขสัญญาฉบับพิพาทหลังจากการตรวจรับมอบงานไปแล้ว เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวไม่ยกเว้นหรือผ่อนผันให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แก้สัญญาในกรณีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้อ้างความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวมาเป็นเหตุปฏิเสธการชำระเงินค่าก่อสร้างที่เพิ่มขึ้นให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า การอ้างความเห็นของคณะกรรมการฯ มาเป็นเหตุผลเพื่อปฏิเสธการชำระค่าก่อสร้างที่เพิ่มขึ้นมา ถือเป็นกรกระทำโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4ก. กรณีการตีความในสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาในการใช้สิทธิตามสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 956/2549

กองทัพบก (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ฟ้องคดี ได้ทำสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 บริษัทโซลาร์สเปซเฟรม ก่อสร้างอุโมงค์ ลมทางดึงของหน่วยบัญชาการสงครามพิเศษ จังหวัดลพบุรี เพื่อใช้สำหรับการฝึกกำลังพลในอัตราค่าจ้างเป็นเงิน 19,980,000 บาท ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวนร้อยละ 7 เป็นเงิน 1,307,102.80 บาท ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว โดยถือ

ราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์และ กำหนดการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นงวดๆ ในการทำสัญญาดังกล่าวผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 ได้นำหนังสือ คำประกันจำนวน 999,000 บาท ผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 ได้มีหนังสือขอให้ผู้ผูกคิตีออกหนังสือถึงกรมศุลกากรเพื่อขอยกเว้นค่าภาษีอากรให้กับวัสดุอุปกรณ์ที่ผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 ต้องใช้ในการก่อสร้างตามสัญญา ซึ่งผู้ผูกคิตีและกระทรวงกลาโหมก็ได้มีหนังสือถึงอธิบดีกรมศุลกากรเพื่อขอยกเว้นภาษีอากรสำหรับวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างอุโมงค์ลมทางดิ่ง โดยขอรับ สินค้าดังกล่าวออกไปก่อน ผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 ได้ดำเนินการก่อสร้างอุโมงค์ลมทางดิ่งของหน่วยบัญชาการสงครามพิเศษ ตามขั้นตอนแห่งสัญญาจ้างทุกประการจนแล้วเสร็จ และส่งมอบให้กับผู้ผูกคิตีตรวจรับงานได้ เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 2544 พร้อมทั้งรับเงินค่าจ้างเหมาทั้งหมดครบถ้วน ระหว่างนั้น กรมศุลกากรได้พิจารณาเรื่องผู้ผูกคิตีขอยกเว้นค่าภาษีศุลกากรสำหรับวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้าง ที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ โดยได้ขอข้อมูลเพิ่มเติมประกอบการพิจารณาอีกหลายรายการ ซึ่งกรมศุลกากรเห็นว่า ราคาจ้างเหมาตามสัญญาจ้างที่ผู้ผูกคิตีทำกับผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 เป็น ราคาที่รวมภาษีทุกประเภทไว้แล้วไม่สามารถยกเว้นภาษีอากรได้ ผู้ผูกคิตีจึงได้มีหนังสือ ถึงผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 แจ้งขอยกเลิกการขอยกเว้นค่าอากรทางศุลกากรและให้ผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 รับผิดชอบชำระเงินค่าอากรทางศุลกากรโดยให้ประสานรายละเอียดการชำระเงินกับ กรมศุลกากร ผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินค่าอากรศุลกากรเนื่องจากสัญญาจ้าง ที่ทำไว้กับผู้ผูกคิตีเป็นราคาที่ไม่รวมภาษีศุลกากร ต่อมาเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการ พิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อ พิจารณา ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวได้พิจารณาชี้ขาดให้ผู้ผูกคิตีชำระค่าภาษีอากรและเงินเพิ่มเป็นเงินทั้งสิ้น 2,543,684.32 บาท ผู้ผูกคิตีได้ชำระค่าภาษีศุลกากรดังกล่าวให้กับกรมศุลกากรแล้วและแจ้งให้ผู้ผูกฟองคิตีทั้งสองร่วมกันชำระเงินจำนวนดังกล่าวคืนให้กับ ผู้ผูกคิตี ผู้ผูกฟองคิตีทั้งสองปฏิเสธที่จะชำระเงินจำนวนดังกล่าว เนื่องจากในขณะที่ทำสัญญาจ้างได้ระบุไว้อย่างชัดแจ้งในรายละเอียดการเสนอราคา แบบท้ายสัญญาว่า “เป็นราคารวมภาษีมูลค่าเพิ่ม 7 % เป็นเงิน 1,307,757 บาท แล้ว เป็นราคายกเว้นค่าอากรทางศุลกากร” ผู้ผูกคิตีและผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 ซึ่งเป็นคู่สัญญาตกลงและเข้าใจกันดีตลอดมาว่า ราคาจ้างเหมาดังกล่าวเป็นราคาที่ยกเว้นค่าอากรทางศุลกากร ผู้ผูกฟองคิตีทั้งสองไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบแต่ประการใด ผู้ผูกคิตีจึงฟ้องคดีต่อศาลขอให้มีคำพิพากษาให้ผู้ผูกฟองคิตีทั้งสองร่วมกันชำระเงินจำนวนนี้ ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง ผู้ผูกคิตีไม่เห็นฟ้องด้วย โดยเห็นว่าผู้ผูกฟองคิตีที่ 1 จะต้องชำระค่าภาษีศุลกากร จึงอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 บัญญัติว่า ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ต้องฟังถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวน หรือตัวอักษร มาตรา 368 บัญญัติว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ประกอบกับสัญญาจ้าง ข้อ 1 ผู้ว่าจ้างตกลงจ้างและผู้รับจ้างตกลงรับจ้างทำงานจ้างเหมาก่อสร้างอุโมงค์ลมทางดิ่งของหน่วย

บัญชาการสงครามพิเศษ ตำบลทะเลชุบศร อำเภอเมือง จังหวัดลพบุรี ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขแห่งสัญญานี้รวมทั้งเอกสารแนบท้าย ผู้รับจ้าง ตกลงที่จะจัดหาแรงงานและวัสดุเครื่องมือเครื่องใช้ ตลอดจนอุปกรณ์ต่างๆ ชนิดดีเพื่อใช้ในงานจ้างตามสัญญา ข้อ 2.4 ใบเสนอราคา จำนวน 2 หน้า ความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้ใช้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง จะต้องทำงานให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ ตามสัญญา ถ้าผู้รับจ้าง มิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลา หรือไม่สามารทำงานให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา หรือมีเหตุให้เชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา หรือจะ แล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง หรือตกเป็น ผู้ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษาซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ และมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้เข้าทำงานของผู้รับจ้างให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยการที่ผู้ว่าจ้าง ไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น หลักการตีความการแสดงเจตนา ซึ่งใน มาตรา 171 ได้บัญญัติไว้ว่า ในการตีความการแสดงเจตนา นั้นต้องฟังเสียงถึงเจตนา ที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร ต้องค้นหาจากเจตนาที่แท้จริง ที่แสดงออกมาโดยไม่พิจารณาเฉพาะถ้อยคำและสำนวน และการตีความตามมาตรา 368 ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาโดยเฉพาะ โดยการตีความต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนา อันมีร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริตและต้องคำนึงถึงประเพณี ในระหว่างคู่สัญญาเองหรือประเพณีในทางการค้าด้วย ดังนั้น การตีความสัญญา จึงมิใช่เพียงแต่การค้นหาความหมายจากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียว แต่เป็นการค้นหาความหมายจากเจตนาที่ร่วมกันของคู่สัญญาและต้องเป็นเจตนา ที่แสดงออกมาตามเนื้อหาของสัญญานั้นด้วย หรือหากมีการทำสัญญาแม้คู่สัญญา จะไม่ได้ตกลงหมดทุกข้อตกลงนั้นยังมีข้อความไม่ชัดเจนแน่นอน ทำให้แปลความหมาย ได้หลายนัยก็ตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตและตามปกติประเพณี เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ตามสัญญาจ้างก่อสร้างอุโมงค์ลมทางดิ่งของหน่วยบัญชาการสงครามพิเศษ ผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายและผู้รับจ้าง ตกลงรับเงินค่าจ้าง จำนวนเงิน 19,980,000 บาท ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวนร้อยละ 7 เป็นเงิน 1,307,102.80 บาท ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว โดยถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์และกำหนดการจ่ายเงินเป็นงวดๆ จากข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้นมิได้มีการระบุว่าคุณรับจ้างตกลงรับเงินค่าจ้าง ซึ่งได้รวมค่าภาษีอากรด้วยเพียงแต่ระบุว่าได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวนร้อยละ 7 ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว ประกอบกับสัญญาแนบท้ายภาคผนวก 3 ได้มีการระบุหมายเหตุไว้ว่า “ เป็นราคารวมภาษีมูลค่าเพิ่ม 7 % เป็นเงิน 1,307,757 บาท แล้ว เป็นราคาที่ยกเว้นค่าอากร ทางศุลกากร ” ซึ่งสัญญาจ้างก่อสร้างอุโมงค์ลมทางดิ่งของหน่วยบัญชาการสงครามพิเศษ ระบุไว้ว่าเอกสารแนบท้าย

สัญญาดังต่อไปนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้... และสัญญาแนบท้ายนี้ก็มิได้มีลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับสัญญาหลักแต่อย่างใด ดังนั้น เจตนาที่แท้จริงของสัญญาจ้างก่อสร้างอุโมงค์ลมทางดึงของหน่วยบัญชาการสงครามพิเศษ นั้นต้องการให้เป็นสัญญาที่ยกเว้นค่าอากร และข้อตกลงตามสัญญาจ้าง ข้อ 2 ได้ระบุไว้ชัดเจนแล้วว่า “เอกสารแนบท้ายสัญญาให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้และ... ข้อความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับข้อความในเอกสารนี้ ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเองผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง” ดังนั้นเมื่อเอกสารแนบท้ายสัญญาคือใบเสนอราคาของผู้ผูกฟองคดีที่ 1 ได้ระบุว่า “ได้เสนอราคาเป็นเงินทั้งสิ้น 19,990,000 บาท ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นเงิน 1,307,757 บาท ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว” จึงตรงกับสัญญาข้อ 4 บรรทัดที่ 5 วรรค 1 ที่ระบุว่า “ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว โดยถือเอาราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์” ถึงแม้เอกสารตามผนวก 3 ใบแจ้งปริมาณงาน และราคาจะระบุว่า เป็นราคายกเว้นค่าอากรทางศุลกากรแต่เนื่องจากการขัดแย้ง กันในเอกสารแนบท้ายสัญญา ดังนั้น จึงต้องใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ ราคาจ้างเหมาตามสัญญาจ้างในคดีนี้จึงเป็นราคาที่รวมภาษีศุลกากรด้วย และภาระการชำระภาษี ต้องเป็นของผู้ผูกฟองคดีที่ 1 นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า การตีความสัญญานี้ต้องตีความ ไปตามความประสงค์ในทางสุจริต เมื่อได้วินิจฉัยไปแล้วว่าทั้งผู้ผูกฟองคดีและผู้ผูกฟองคดีที่ 1 ต่างมีความเข้าใจในสาระสำคัญของการทำสัญญาจ้างแล้วว่าเป็นการจ้างในราคาที่ยกเว้น ค่าอากรทางศุลกากร อีกทั้ง การที่ผู้ผูกฟองคดีอ้างว่า เอกสารแนบท้ายสัญญาในภาคผนวก 3 ที่ยกเว้นค่าอากรทางศุลกากรขัดกับสัญญานี้ พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามสัญญาจ้าง ข้อ 4 ผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายและผู้รับจ้างตกลงรับเงินค่าจ้าง จำนวนเงิน 19,980,000 บาท ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวนร้อยละ 7 เป็นเงิน 1,307,102.80 บาท ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว โดยถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์และกำหนดการจ่ายเงินเป็นงวดๆ จากข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้น มิได้มีการระบุว่าผู้รับจ้างตกลงรับเงินค่าจ้าง ซึ่งได้รวมค่าภาษีอากรด้วย เพียงแต่ระบุว่าได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวนร้อยละ 7 ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว ประกอบกับสัญญาแนบท้ายภาคผนวก 3 ได้มีการระบุหมายเหตุไว้ว่า “เป็นราคารวมภาษีมูลค่าเพิ่ม 7 % เป็นเงิน 1,307,757 บาท แล้วเป็นราคาที่ยกเว้นค่าอากรทางศุลกากร ” เมื่อในสัญญามีได้มีการกำหนดให้ผู้ผูกฟองคดีที่ 1 ต้องชำระค่าอากรไว้และในสัญญาแนบท้ายภาคผนวก 3 ได้มีการระบุหมายเหตุไว้ว่าเป็นราคาที่ยกเว้นค่าอากรทางศุลกากร ดังนั้น สัญญาแนบท้ายดังกล่าวจึงมิได้ขัดหรือแย้ง กับสัญญาหลัก อุทธรณ์ของผู้ผูกฟองคดีจึงฟังไม่ขึ้น กรณีจึงเห็นได้ชัดว่าในการทำสัญญาดังกล่าวผู้ผูกฟองคดีและผู้ผูกฟองคดีที่ 1 ต่างมีเจตนาตรงกันโดยตกลงราคาจ้างในราคาที่ยกเว้นที่ค่าอากรทางศุลกากร ดังนั้น ผู้ผูกฟองคดีที่ 1 จึงไม่มีหน้าที่ในการชำระค่าอากรทางศุลกากรในการนำเข้าอุปกรณ์ เพื่อดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด และในเมื่อผู้ผูกฟองคดีที่ 1 ไม่มีหน้าที่ในการชำระค่าอากรทางศุลกากร ดังกล่าว ผู้ผูกฟองคดีที่ 2 จึงไม่ต้องรับผิดชอบ

ชดใช้เงินตามฟ้องให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด การที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต่างก็มี ความเข้าใจในสาระสำคัญของสัญญาจ้างตรงกันว่าเป็นการจ้างในราคาที่ยกเว้นค่าอากร ทางศุลกากรแล้ว พิพากษายกฟ้อง นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย

คดีพิพาทนี้ผู้วิจัยเห็นว่าศาลปกครองนำมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ และกล่าวอ้างอย่างชัดเจน โดยนำมายืนยันถึงการตีความที่มุ่งประสงค์ไปในทางสุจริตและคำนึงถึงประเพณีระหว่างคู่สัญญาและประเพณีทางการค้า จึงทำให้ตีความได้ว่า การระบุในสัญญานั้นเป็นราคาที่ยกเว้นค่าอากรทางศุลกากรแล้ว

5ก. คดีพิพาทในการยึดหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.1031/2559

คู่กรณีทำสัญญาจ้างก่อสร้าง หน่วยงานทางปกครอง(ผู้ถูกฟ้องคดี) ทำสัญญากับเอกชน ผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีได้ยื่นหนังสือเสนอแผนงานการดำเนินงานก่อสร้างต่อผู้ถูกฟ้องคดี คณะกรรมการตรวจการจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีได้เห็นชอบกับแผนงานดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเริ่มทำงานตามสัญญาได้เนื่องจากประสบปัญหาไม่อาจส่งมอบพื้นที่บริเวณที่จะก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้เพราะเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นเกษตรกรเปลี่ยนใจไม่ยินยอมขายที่ดินและไม่ยินยอมให้ใช้ที่ดินรวมทั้งบางรายได้คัดค้านการก่อสร้างในบริเวณจุดที่จะทำการก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดีรอการเข้าทำงานอยู่ประมาณ 6 เดือน ผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังไม่ส่งมอบพื้นที่ให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการก่อสร้างได้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือถึงประธานคณะกรรมการตรวจการจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อทวงถามเกี่ยวกับการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้าง ซึ่งคณะกรรมการตรวจการจ้างได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับเกษตรกรซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินบริเวณที่ตั้งโครงการฯ ไม่ยินยอมให้ใช้พื้นที่ก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยังไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างได้และแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชะลอการทำงานไว้ก่อน ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือยื่นต่อประธานคณะกรรมการตรวจการจ้างแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างภายใน 10 วัน หากล่วงเลยกำหนดเวลาผู้ฟ้องคดีจะขอขอลเลิกสัญญาจ้างก่อสร้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่อาจส่งมอบพื้นที่ให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างได้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือยื่นต่อประธานคณะกรรมการตรวจการจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีแจ้งว่า เนื่องจากระยะเวลาได้ล่วงเลยมาจนพ้นกำหนด 360 วัน ตามสัญญา นับแต่วันที่ได้เข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดี จึงมอบอำนาจให้ทนายความมีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาจ้างและดำเนินคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีต่อไป การส่งมอบพื้นที่เป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะต้องส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาอันสมควร ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ยอมรับและทราบว่าทราบใดที่ตนยังไม่ได้ส่งมอบพื้นที่ก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจลงมือ

ก่อสร้างตามสัญญาได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชะลอการเข้าลงมือก่อสร้างตามสัญญาไว้ก่อน จนกระทั่งล่วงเลยกำหนดเวลาก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามสัญญาไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดีได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาต่อผู้ฟ้องคดีกรณีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ในกรณีเช่นนี้ แม้สัญญาที่พิพาทจะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีข้อสัญญาในลักษณะให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้ แต่เอกสิทธิ์ดังกล่าวก็เป็นการกำหนดเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องและบรรลุผล หรือเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์แก่ส่วนรวมของประชาชนโดยทั่วไปเป็นสำคัญ หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองไม่อาจอ้างสิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยให้มีผลเป็นการเลิกสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่า ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดีได้จนพ้นกำหนดเวลาแล้วเสร็จของงานก่อสร้างตามที่กำหนดไว้ในสัญญา จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่อาจดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาได้อย่างแน่แท้ เพราะพฤติการณ์อันเป็นความผิดของผู้ถูกฟ้องคดี และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยอมเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอ โดยอ้างว่ากำลังแก้ไขปัญหาเรื่องการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้าง ก็เป็นเหตุผลที่ไม่อาจรับฟังได้ เพราะได้ปล่อยเวลาให้ล่วงเลยไปจนสิ้นกำหนดเวลาแล้วเสร็จของงานตามสัญญาไปแล้ว อีกทั้ง ข้ออ้างดังกล่าวก็มิได้ไม่เป็นไปตามหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวมาข้างต้น จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ กรณีเช่นนี้จึงถือได้ว่าสัญญาพิพาทฉบับนี้เป็นอันเลิกกันตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสือแจ้งขอเลิกสัญญาจากผู้ฟ้องคดีแล้ว ดังนั้น คู่กรณีในสัญญาจึงต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตามนัยมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องคืนหลักประกันสัญญาและต้องชำระเงินค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ เพียงใด เห็นว่า ในการทำสัญญาจ้างที่พิพาทนั้น ผู้ฟ้องคดีได้นำหนังสือค้ำประกันสัญญาซึ่งออกโดยธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) สาขาบริบ่อ โดยมีวงเงินค้ำประกันไม่เกิน 727,500 บาท ซึ่งตามสัญญาจ้างพิพาทข้อ 3 วรรคสอง กำหนดว่า หลักประกันที่ผู้รับจ้างนำมามอบไว้ตามวรรคหนึ่ง ผู้ว่าจ้างจะคืนให้เมื่อผู้รับจ้างพ้นจากข้อผูกพันตามสัญญานี้แล้ว ดังนั้น ศาลได้พิจารณาว่าคดีมีประเด็นว่าระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีนั้น ใครเป็นฝ่ายผิดสัญญา พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต มาตรา 368 บัญญัติว่า สัญญานั้นทำนให้ตีความไปตามความประสงค์ในทาง

สุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม

ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาพิพาทเป็นอันเลิกกันเนื่องจากเป็นความผิดของผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงพ้นจากข้อผูกพันตามสัญญาพิพาท และผู้ถูกฟ้องคดีต้องคืนหนังสือค้ำประกันดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมิได้คืนหนังสือค้ำประกันดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี และหนังสือค้ำประกันสัญญาเป็นหลักทรัพย์ที่มีมูลค่าเป็นเงินและผู้ฟ้องคดีมีค่าขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายจากการคืนหนังสือค้ำประกันดังกล่าวล่าช้าเป็นเงินค่าธรรมเนียมนานาการปีละ 43,650 บาท นับแต่วันฟ้อง จึงกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าเสียหายส่วนนี้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินปีละ 43,650 บาท นับแต่วันฟ้องคดีเป็นต้นไป จนกว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะคืนหนังสือค้ำประกันดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีเสร็จสิ้น สำหรับค่าเสียหายอย่างอื่นที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า เป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมอุปกรณ์เพื่อก่อสร้างตามสัญญา เช่น ค่าซื้อเหล็ก ค่าซื้อปูน ค่าน้ำมันที่ใช้เติมเครื่องจักรและรถยนต์ในการสต็อกดินและหินลูกรัง ฯลฯ ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) สาขาบรบือ เพื่อนำเงินมาใช้หมุนเวียนในการทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาเป็นเงิน 2,000,000 บาท โดยเสียดอกเบี้ย รวมเป็นค่าเสียหายทั้งสิ้น 23,907,229.97 บาท นั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า (1) กรณีค่าซื้อเหล็กเป็นเงิน 565,691.21 บาท และ (2) กรณีค่าซื้อปูนเป็นเงิน 1,011,654.76 บาท เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างแล้ว ผู้ฟ้องคดี ได้มีหนังสือ ถึงประธานคณะกรรมการตรวจการจ้างขอส่งแผนการปฏิบัติงาน เครื่องจักรเครื่องมือ และวิศวกรควบคุมงานก่อสร้าง ซึ่งคณะกรรมการตรวจการจ้างตรวจสอบแล้วเห็นชอบตามเสนอ ผู้ฟ้องคดี จึงได้เริ่มสั่งซื้อเหล็กจึงรับฟังได้ว่า การสั่งซื้อเหล็กและปูนดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีเกิดขึ้นหลังจากได้ลงนามในสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว ซึ่งจำเป็นต้องจัดซื้อเพื่อเตรียมเข้าทำงานก่อสร้างตาม ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายกรณี (1) และกรณี (2) ให้แก่ผู้ฟ้องคดี ส่วนจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าซื้อเหล็กและปูนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีเพียงใดนั้น เห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีประกอบอาชีพเกี่ยวกับการขายวัสดุก่อสร้างอยู่ด้วยประกอบกับวัสดุเหล็กก็เป็นวัสดุคงทนถาวรพอสมควร ไม่เสื่อมสภาพโดยง่าย วัสดุปูนซีเมนต์แม้จะเสื่อมสภาพได้ง่ายกว่าเหล็ก แต่ผู้ฟ้องคดีก็นำไปใช้ในกิจการคอนกรีตของผู้ฟ้องคดีได้บางส่วน จึงสมควรกำหนดค่าเสียหายกรณีนี้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีร้อยละห้าสิบของจำนวนเงินค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีเรียกร้องมา โดยกำหนดให้จำนวน 788,672.98 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องคดีเป็นต้นไป (7) กรณีผู้ฟ้องคดีอ้างว่าได้ทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) สาขาบรบือ เพื่อนำเงินมาใช้หมุนเวียนในการทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาเป็นเงิน 2,000,000 บาท โดยเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 8.375 ต่อปี ค่าดอกเบี้ยจำนวน 167,500 บาท นั้น

เห็นว่า ตามสัญญาพิพาทกำหนดให้สิทธิผู้ฟ้องคดีขอเบิกเงินค่าจ้างล่วงหน้าได้ถึง 2,182,500 บาท ซึ่งเท่ากับร้อยละสิบห้าของราคาค่าจ้างตามสัญญาที่ระบุไว้ในข้อ 4 ในการรับเงินล่วงหน้าผู้รับจ้างต้องจัดให้มีหลักประกันการรับเงินล่วงหน้ามาค้ำประกันเงินที่รับล่วงหน้าในแต่ละครั้งที่ขอเบิก ซึ่งเป็นไปตามข้อ 68(4) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การที่ผู้ฟ้องคดีสมัครใจกู้เงินจากธนาคาร โดยอ้างว่าการนำหลักทรัพย์ไปกู้เงินจากธนาคารในขั้นตอนเดียวจะง่ายกว่า ผู้ฟ้องคดีจึงเลือกที่จะกู้เงินจากธนาคารมาเป็นทุนในการดำเนินการเอง ข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีจึงฟังไม่ขึ้น ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีกรณีเงินค่าซื้อเหล็กและปูน เป็นเงินทั้งสิ้น 788,972.98 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องคดีเป็นต้นไป การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีส่งมอบหนังสือค้ำประกัน ของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) สาขาบรือ ให้แก่ผู้ฟ้องคดี และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลแก่ผู้ฟ้องคดี จำนวน 14,550 บาท ทั้งนี้ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด ส่วนคำขออื่นนอกจากนี้ ให้ยก นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยบางส่วน พิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินค่าซื้อเหล็กและปูนจำนวน 788,672.98 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องคดีเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ และให้ ผู้ถูกฟ้องคดีส่งมอบหนังสือค้ำประกันของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) สาขาบรือ จำนวนเงิน 727,500 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี พร้อมทั้งชำระเงินค่าธรรมเนียมหนังสือค้ำประกันดังกล่าวแก่ผู้ฟ้องคดีปีละ 43,650 บาท นับแต่วันฟ้องคดีเป็นต้นไปจนกว่าจะคืนหนังสือค้ำประกันดังกล่าวแก่ผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด คำขออื่นนอกจากนี้ ให้ยก และคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งสองชั้นศาลบางส่วนตามส่วนของการชนะคดี ให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ข. คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองไม่ได้กล่าวอ้างถึงการปรับใช้หลักสุจริตของการใช้เอกสิทธิ์ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ชัดเจน แต่พิจารณาคดีโดยอาศัยหลักพื้นฐานของหลักสุจริต ตัวอย่าง เช่น

1ข. การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยไม่สุจริตในกรณีที่ผู้รับจ้างมีภาระการทำงานน้อยลง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2554 ผู้ถูกฟ้องคดีที่1(องค์การบริหารส่วนตำบลสีล่อม) หน่วยงานทางปกครอง ได้ทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด จิตรมาตตรง ผู้ฟ้องคดี ก่อสร้างระบบประปาหมู่บ้าน จำนวนเงิน 878,000 บาท จำนวน 1 บ่อ โดยสัญญากำหนดให้ขุดเจาะบ่อบาดาล เส้นผ่าศูนย์กลาง 6 นิ้ว ปริมาณน้ำไม่น้อยกว่า 5 ลูกบาศก์เมตร ความลึกไม่น้อยกว่า 150 เมตร ผู้ฟ้อง

คดีชุดบ่อ 2 ครั้ง ครั้งแรกลึก 100 เมตร แต่ปริมาณน้ำไม่ได้ตามกำหนดจึงชุดครั้งที่ 2 ลึก 56 เมตร ได้น้ำ 5 ลูกบาศก์เมตรต่อชั่วโมง ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (หัวหน้าส่วนโยธาองค์การบริหารส่วนตำบล) ได้ทำบันทึกข้อตกลงเปลี่ยนแปลงสัญญาจากการชุดบ่อบาดาลความลึกจาก 150 เมตร จำนวนเงิน 268,950 เป็นความลึก 56 เมตร เป็นเงิน 100,408 บาท โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้ลงลายมือชื่อในบันทึกข้อตกลงนี้

ต่อมาเมื่อส่งมอบงานแก่ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าจ้าง 593,485.07 บาท หักไป 168,542 บาท ซึ่งหักจากจำนวนความลึกที่ขาดไป 94 เมตร เพราะหักจากความลึกของการทำงานที่แท้จริง

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า คู่สัญญาทั้งสองนั้นได้ตกลงกันในราคาเหมารวม ตามสัญญาข้อ 4 มีคำว่า “สัญญาเป็นราคาเหมารวม” ซึ่งหมายถึงการจ้างถือความสำเร็จของงานชุดเจาะที่ให้ได้ประมาณน้ำจำนวน 5 ลูกบาศก์เมตร มุ่งเป็นผลสำเร็จของงาน ส่วนความลึกเป็นการประมาณการเท่านั้น ถือว่าผู้รับจ้างได้ทำงานเสร็จครบถ้วนบริบูรณ์ตามสัญญาแล้ว ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้างตามจำนวนเงินที่ตกลงไว้ การที่ผู้รับจ้างได้รับเงินค่าจ้างบางส่วนไปบ้างแล้ว และมีหนังสือจากผู้รับจ้างโต้แย้งการปรับราคาค่าจ้างลดลง จึงไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อตกลงตามบันทึกที่ได้ทำภายหลังดังกล่าว และการไม่ได้ลงลายมือชื่อ ย่อมไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อตกลงนั้น การที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาที่จะแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่การใช้สิทธิของผู้ว่าจ้างนั้น ต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะและต้องมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาด้วย ซึ่งการแก้ไขสัญญานี้มิได้เกิดจากความจำเป็นแต่อย่างใด การแก้ไขสัญญานี้จึงไม่มีผลใช้บังคับแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (องค์การบริหารส่วนตำบลซีล่อม) หน่วยงานทางปกครอง มีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าจ้างที่ปรับลดลงไปจำนวน 168,542 บาท พร้อมดอกเบี้ย จากคดีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการชำระหนี้ตามสัญญานั้น มีการระบุว่าเป็นการจ้างในราคาเหมารวม โดยมุ่งประสงค์ถึงผลคือปริมาณน้ำที่ได้เป็นสำคัญ มากกว่ามุ่งถึงความลึกของการชุดเจาะ ถึงแม้ว่า งานการที่จ้างจะชุดเจาะมีความลึกน้อยกว่าที่กำหนดในสัญญาก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงไม่อาจใช้สิทธิในการแก้ไขสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว และชำระค่าจ้างที่ไม่ตรงตามกับเจตนาของการทำสัญญา จึงถือว่าการที่ชำระค่าจ้างโดยหักคำนวณจากความลึกจากการชุดเจาะนั้น เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ศาลปกครองพิจารณาถึงหลักการอยู่บนพื้นฐานของ “หลักสุจริต” เป็นสำคัญ ถึงแม้ไม่ได้อ้างก็ตาม

2ข. การใช้สิทธิรับเงินที่เป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.279/2562 ห้างหุ้นส่วนจำกัด สยามโพรเกรสอุดร ผู้ฟ้องคดี ได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงระบบระบายน้ำ พร้อมบ่อพัก อำเภอเมือง จังหวัดอุดรธานี กับ เทศบาลนครอุดรธานี (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี มีวงเงินค่าจ้าง 3,130,000 บาท กำหนดแล้วเสร็จ 13 กุมภาพันธ์ 2551 มีข้อกำหนดในสัญญาว่าหากมีเหตุชำรุดบกพร่อง ผู้รับจ้างจะรีบทำการแก้ไขให้เป็นที่เรียบร้อย มีหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา จำนวน 156,500 บาท ต่อมา คณะกรรมการตรวจการจ้างงานเรียบร้อย เทศบาลนครอุดรธานี (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ออกหนังสือรับรองผลงานว่าผู้ฟ้องคดี ได้ปฏิบัติงานตามสัญญาเรียบร้อยแล้ว ต่อมา เทศบาลนครอุดรธานี (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ตรวจพบถนนและรางวิแตกทรุดเป็นจำนวนมาก จึงแจ้งทางหนังสือ วันที่ 27 พฤศจิกายน 2552 และ 27 มกราคม 2553 ให้ผู้ฟ้องคดี แก้ไขงาน ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้ซ่อมแซมแก้ไขงานที่ชำรุด โดยทางราชการไม่เสียหายและประชาชนสามารถใช้ประโยชน์สัญจรได้โดยสะดวกเรียบร้อย และแจ้งกลับ เทศบาลนครอุดรธานี (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2553 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำหนังสือแจ้งรับหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา และ 22 กุมภาพันธ์ 2553 ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือขอให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการรับหลักประกันสัญญาและขอถอนหลักประกันสัญญา แต่ เทศบาลนครอุดรธานี (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ดำเนินการ โดยผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่า ในสัญญานั้นกำหนดว่าหากมีงานชำรุดบกพร่องจากงานจ้าง ภายใน 2 ปี นับจากวันรับมอบงาน หรือความบกพร่องนั้นเกิดจากการใช้วัสดุไม่ถูกต้องหรือไม่เรียบร้อย ผู้ฟ้องคดีต้องรีบทำการแก้ไขภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง หากไม่แก้ไขภายในเวลาผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิ์กำหนดค่าปรับจะบังคับจากหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาก็ได้ โดยแจ้งเป็นหนังสือวันที่ 10 พฤศจิกายน 2553 แต่ผู้ควบคุมงานของผู้ถูกฟ้องคดี ได้มีหนังสือรายงานผู้บังคับบัญชาว่างานยังไม่ได้ทำการซ่อมแซม ในวันที่ 9 ธันวาคม 2553 จึงแจ้งบังคับเอาค่าเสียหายจากหลักประกันตามสัญญาเพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายซ่อมแซมความชำรุด จำนวน 115,820.05 และผู้ฟ้องคดีเข้าทำการซ่อมแซมงานหลังจากที่แจ้งไป ประมาณ 2 เดือนกว่า และผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ทำการตรวจสอบควบคุมการซ่อมแซม จึงไม่อาจรับรองว่าการซ่อมแซมนั้นเป็นไปตามมาตรฐานวิชาหรือไม่ และความเสียหายเกิดจากความบกพร่องของผู้ฟ้องคดีเอง ผู้ฟ้องคดีให้การว่าหนังสือแจ้งความชำรุดที่ผู้ถูกฟ้องคดีส่งมาลงวันที่ 10 พฤศจิกายน 2552 และวันที่ 27 พฤศจิกายน 2552 แจ้งขอทำการเข้าซ่อมและแจ้งด้วยวาจาต่อผู้ถูกฟ้องคดี แต่ผู้ควบคุมงานเพิกเฉย ผู้ฟ้องคดีจึงเข้าสำรวจพื้นที่ฝ่ายเดียวมีหนังสือลงวันที่ 27 มกราคม 2553 แจ้งทำการซ่อมแซมฝ่ายเดียวจนเสร็จ ต่อมา 8 กุมภาพันธ์ 2553 แจ้งผู้ถูกฟ้องคดีว่างาน

ซ่อมแซมแล้วเสร็จแล้ว ศาลชั้นต้นพิจารณาให้ยกเลิกการหักเงินจากหลักประกันสัญญาให้ผู้ถูกฟ้องคดี คืนหลักประกันตามสัญญาจึงมาอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการแสดงเจตนาความรับผิดชอบต่องานการที่จ้างและได้ดำเนินการซ่อมแซมความชำรุดบกพร่องจนแล้วเสร็จ ซึ่งทางราชการไม่เสียหายแต่อย่างใด โดยเข้าดำเนินการฝ่ายเดียว และระหว่างซ่อมแซมได้แจ้งทางโทรศัพท์ให้ผู้ถูกฟ้องคดียุติการกระทำดังกล่าว แต่ไม่เป็นผลปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำการจนเสร็จ และไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำการเอง หรือจ้างผู้อื่นมากระทำการ ถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ใช้สิทธิอันสืบเนื่องมาจากการทำผิดเงื่อนไขดังกล่าวของผู้ฟ้องคดี และการที่ผู้ฟ้องคดีแจ้งเป็นหนังสือและได้ทำการซ่อมแซมแก้ไขงานชำรุดบกพร่องแล้ว ถือว่าพ้นจากภาระผูกพันตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิริบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี

ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่าในคดีนี้ถึงแม้ศาลปกครองไม่ได้อ้างถึงการใช้สิทธิในการริบเงินที่เป็นหลักประกันโดยสุจริต ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง แต่ผู้วิจัยเห็นว่า การตัดสินพิจารณาคดีของศาลตั้งอยู่บนการใช้ดุลยพินิจบนพื้นฐานของหลักสุจริตว่ามีการซ่อมแซมแก้ไขในจุดที่มีความเสียหายและส่งมอบงานตามสัญญาแล้วจึงไม่เป็นเหตุให้ริบเงินหลักประกันนั้น

3ข. การใช้สิทธิปรับในการปฏิบัติงานตามสัญญาล่าช้าโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1376/2560 มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหอพักอาจารย์และบุคลากร วิทยาลัยแพทยศาสตร์และการสาธารณสุข กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิว่เซียงไฮ้สร ผู้ฟ้องคดี วันที่ 19 มิถุนายน 2551 กำหนดราคาก่อสร้าง 21,000,000 บาท ตกลงจ่าย 9 งวด ต่อมา ได้ทำตกลงบันทึกแนบท้ายแก้ไขสัญญาจ้าง เพิ่มระยะเวลาก่อสร้างออกไป 180 วัน เนื่องจากมีการปรับเปลี่ยนเนื้องาน เมื่อผู้ฟ้องคดีเข้ารับงานประสบปัญหาระหว่างดำเนินงาน ทำให้ส่งมอบงานล่าช้าไป 27 วัน คิดค่าปรับตามสัญญา อัตราร้อยละ 0.20 ของเงินจำนวนค่าจ้างทั้งหมด เป็นค่าปรับวันละ 42,000 บาท รวม 1,123,000 บาท ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม ในการระบุอัตราค่าปรับร้อยละ 0.20 ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2535 ข้อ 134 ได้ระบุค่าปรับการจ้างกรณีผิดสัญญาจ้างได้ในอัตราร้อยละ 0.01-0.10 ของราคางานจ้าง ดังนั้น การกำหนดอัตราค่าปรับจึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ จึงเจรจาทำเป็นหนังสือ ขอปรับลดหย่อนค่าปรับเป็นอัตราร้อยละ 0.10 แต่ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ปฏิเสธและแจ้งว่าไม่สามารถลดค่าปรับได้

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าไม่เคยละทิ้งงานพยายามแก้ไขให้สำเร็จลุล่วงเสมอมา และปัญหาความล่าช้าไม่ได้เกิดจากผู้ฟ้องคดีฝ่ายเดียว เช่นความล่าช้าของการตรวจรับงาน หรือการติดตั้งหม้อแปลงเพื่อตรวจสอบระบบอาคารทำให้ไม่สามารถส่งมอบได้ทันในงวดที่ 8 และ 9 ได้ และการโต้แย้งเรื่องอัตราค่าปรับภายหลังนั้น เพราะผู้ฟ้องคดีเชื่อโดยสุจริตว่า สัญญานิติกรรมต่างๆ ที่ต้องมี ความถูกต้อง คู่สัญญาเป็นหน่วยงานทางปกครองที่ต้องทำสัญญาภายใต้ระเบียบของทางราชการ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินแก่ผู้ฟ้องคดี 576,000 พร้อมดอกเบี้ย ผู้ถูกฟ้องคดี มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วว่า การที่ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) กำหนดค่าปรับผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าได้ลงนามในสัญญาไปแล้ว จึงถือได้ว่าเฉพาะส่วนข้อสัญญาในการกำหนดค่าปรับไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ ศาลปกครองเห็นว่า มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) มีอำนาจกำหนดอัตราค่าปรับได้ ไม่เกินร้อยละ 0.10 ของวงเงินค่าจ้าง ดังนั้นการที่ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) หักจากค่าจ้างเกินพร้อมดอกเบี้ยชำระหนี้ ต้องคืนค่าปรับจำนวน 576,000 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี คดีพิพาทนี้ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้อ้างถึงการกระทำการปรับโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง

ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่า ศาลปกครองได้ตัดสินบนหลักการพื้นฐานหลักของการกระทำที่สุจริตโดย ได้มีการปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริตและการส่งมอบงานล่าช้า ไม่ได้มาจากฝ่ายคู่สัญญาเอกชนเพียงฝ่ายเดียว และมีความเชื่อว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ย่อมมีความมั่นคงแห่งนิติฐานะของความเป็นรัฐ น่าจะทำสัญญาขึ้นโดยสุจริตและถูกต้องตามกระบวนการของสัญญาทางปกครองที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ดังนั้นศาลปกครองจึงพิจารณาว่าเป็นใช้สิทธิในการปรับไม่สุจริตและโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ได้กล่าวอ้างหลักสุจริตโดยตรง

จากตัวอย่างคดีพิพาทที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ผู้วิจัยพบว่าบางคดีพิพาทนั้น มีบางคดีที่ศาลปกครองได้อ้างถึง หลักสุจริต อย่างชัดเจน โดยนำมากล่าวอ้าง ในคำพิพากษาศาลปกครอง เช่น มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

และมีคดีพิพาทบางคดีที่ไม่ได้อ้างถึงหรือกล่าวถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน แต่ศาลปกครองตัดสินพิจารณาคดีโดยอยู่บนหลักการพื้นฐานของหลักสุจริต เช่น การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยสุจริต แม้จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริตก็ตาม หรือ การใช้สิทธิปรับ

เนื่องจากส่งงานล่าช้าโดยไม่สุจริต หรือ การแก้ไขสัญญาโดยสุจริต และกรณีการตีความจากเนื้อหาในสัญญาโดยสุจริต ดังตัวอย่างคดีพิพาทที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

จากกรณีเช่นนี้ น่าจะวิเคราะห์ได้ว่า ในคดีพิพาทที่ไม่มีการกล่าวอ้างถึงระบุข้อกฎหมาย ในหลักสุจริตอย่าง อาจจะเนื่องมาจากการไม่มีบทบัญญัติถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน ในระบบกฎหมายปกครองไทย ผู้วิจัยเห็นว่า หลักสุจริต ถึงแม้เป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม หางค์ประกอบที่เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนทางกฎหมายยังได้ไม่ชัดเจนนัก แต่หลักสุจริต ถือเป็นพื้นฐานของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสาขาใดก็ตาม กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง หรือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ ล้วนแต่เกี่ยวข้องกับ หลักสุจริตทั้งสิ้น

4.2 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาปรับใช้

การมีเอกสิทธิ์ของรัฐเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองนั้น ในระบบกฎหมายไทยถือว่า “หลักเอกสิทธิ์” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีสิทธิเหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน เพราะอยู่ในฐานะที่ดูแลประโยชน์มหาชน ซึ่งอาจมีหรือไม่มีการกำหนดในสัญญาทางปกครองนั้นเลยก็ตาม ในปัจจุบันนี้ พบว่า มีการกำหนดถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถแก้ไข ยกเลิก เปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญา แต่ต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น มาตรา 50 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562¹⁵⁰

การทำสัญญาทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์หลักซึ่งก็คือการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีการบริการสาธารณะเสมอ (Service public) ซึ่งหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะ ได้แก่ ทฤษฎีแห่งความเปลี่ยนแปลง ทฤษฎีความต่อเนื่อง และทฤษฎีแห่งความเสมอภาค ซึ่งอาจอธิบายทฤษฎีแต่ละทฤษฎี ไว้ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองแล้ว

เมื่อหัวใจสำคัญประการหนึ่งของการทำสัญญาทางปกครอง คือการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ฉะนั้น เราจึงพบเห็นการมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองที่ปรากฏในสัญญาและแม้ไม่ปรากฏในสัญญาก็ตาม ที่เรียกว่า “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน” (Theorie de la puissance publique) เป็นทฤษฎีอันเป็นที่มาของการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทฤษฎีหนึ่ง เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจรัฐที่เป็นใหญ่ รัฐ

¹⁵⁰ โปรดดู มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

เป็นผู้ถือและกำหนดอำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมนั้นเอง ดังนั้น ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม รัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเสมอ อันเนื่องมาจากทฤษฎีอำนาจมหาชน ที่เป็นทฤษฎีที่ก่อให้เกิดหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เหนือกว่านี้ ในระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยมีการกำหนดครั้งแรกพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2473 ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถยกเลิกสัมปทานทางหลวงก่อนสิ้นสุดสัญญาหากพบว่ามีเจตนาไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดให้รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งหลักกฎหมายที่สำคัญๆในสัญญาทางปกครองก็ล้วนมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีการบริการสาธารณะ เช่น หลักอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว (Le pouvoir de modification unilaterale) หรือ หลักการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (Le pouvoir de resiliation unilaterale) ซึ่งสอดคล้องกับพื้นฐานที่มาจากทฤษฎีอำนาจมหาชน ทั้งสิ้น โดยระบบกฎหมายไทยรับแนวคิดมาจากระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสทั้งสิ้น

แม้แต่การกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพของไทย ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 ก็ยังกำหนดสนับสนุนให้อีกหนึ่งลักษณะของสัญญาทางปกครองคือ สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

จากการศึกษา ค้นคว้า จากตำรา สื่อต่างๆ คำพิพากษาของศาล วิจัย ทางเอกสารต่างๆ พบว่า ปัญหาของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น มีดังนี้

4.2.1 การกำหนดขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ การมีเอกสิทธิ์ของรัฐนั้นมิชอบเขตแค่นั้น อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสัญญาทางปกครองบางประเภทไม่มีการกำหนดในกรณีที่ใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาหลังทำสัญญา หรือแม้กระทั่งการยกเลิกสัญญา การใช้สิทธิปรับ ยังขาดความชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างประการหนึ่งที่กล่าวได้ว่าเป็นตัวอย่างของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐคือ การยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาเอกชนไม่มีความผิดหรือกระทำผิดสัญญาก็ตาม

ดังเช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 90/2556 คดีที่เอกชนยื่นฟ้องสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล โดยอ้างว่า ผิดสัญญาจ้างระบบเกมสลาก ไม่ยอมจำหน่ายสลาก

และไม่ออกหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเริ่มให้บริการ โดย สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (หน่วยงานทางปกครอง) ให้การว่า ไม่ได้ผิดสัญญา แต่การกระทำการตามฟ้องของโจทก์นั้นเป็นเพราะมีเหตุขัดข้องทั้งจากข้อกฎหมายและนโยบายของรัฐในแต่ละช่วงเวลา และในสัญญามีสาระสำคัญเป็นการจ้างให้ผู้ฟ้องคดีออกแบบจัดหา ติดตั้งระบบเกมสลาก เครื่องจำหน่ายสลาก โดยมีข้อกำหนดในสัญญาให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลาใดก็ได้ ในกรณีที่รัฐบาลล้มเลิกโครงการหรือมีความจำเป็นที่ต้องล้มเลิกโครงการออกสลากพิเศษแบบเลขท้าย 3 ตัว และ 2 ตัว โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะชดเชยการลงทุนบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ดังนั้น สัญญาจ้างระบบบริการเกมสลากดังกล่าว ที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีเลิกสัญญาได้ด้วยเพียงเหตุที่ว่า รัฐบาลมีนโยบายล้มเลิกโครงการ จึงเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ผู้วิจยเห็นว่า อาจจะขาดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ เพราะไม่มีการระบุว่าการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับหลักการของประโยชน์สาธารณะใดๆเลย

ฉะนั้นจากคำวินิจฉัยนี้ที่รับรองกำหนดของควมมีเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่กำหนดถึงการยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ การใช้เอกสิทธิ์ในกรณีอื่น เช่น ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองบางประการ ก็อาจเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ ตัวอย่าง เช่น

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555¹⁵¹ สัญญาซื้อขาย ประตุตรวจค้นโลหะของกรมธนารักษ์ กรมธนารักษ์เป็นหน่วยงานระดับกรม สังกัด กระทรวงการคลัง มีภารกิจและอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการผลิตเหรียญกษาปณ์และจัดสร้างเครื่องราชอิสริยยศ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ และเก็บรักษาทรัพย์สินมีค่าของ แผ่นดิน ให้มีความปลอดภัยและอยู่ในสภาพที่ดี ได้ทำสัญญาซื้อประตุตรวจค้นโลหะพร้อมติดตั้งระบบและ ฝึกฝนการใช้งานกับบริษัทเอกชนเพื่อใช้ในการตรวจค้นเพื่อป้องกันมิให้เหรียญกษาปณ์ โลหะที่มีค่า เช่น เงิน ทองคำ ทรัพย์สินที่มีค่าของแผ่นดินที่กรมธนารักษ์ มีหน้าที่เก็บรักษาที่เป็นโลหะ ต้องสูญหายไป จึงเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามภารกิจและอำนาจหน้าที่ของกรมธนารักษ์ ถ้าไม่มีระบบรักษาความปลอดภัยที่รัดกุม และมั่นคงสูงแล้ว โลหะที่มีค่าและทรัพย์สินที่มีค่าของแผ่นดินย่อมสูญหายได้ อาจทำให้กรมธนารักษ์ปฏิบัติตามภารกิจอำนาจหน้าที่ของตนไม่บรรลุผล เครื่องตรวจค้นโลหะจึงถือเป็น เครื่องมือสำคัญที่กรมธนารักษ์จำเป็นต้องจัดหา มา ในสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ เอกสิทธิ์แก่กรมฯ ซึ่งไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป ได้แก่ ข้อ 4 ที่กำหนดให้บริษัทเอกชน ต้องใช้เรือไทยใน การขนส่งสิ่งของหรือเครื่องตรวจโลหะตามสัญญา ซึ่งหากขนส่งสิ่งของโดยไม่ใช้เรือไทย จะต้องนำหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียมพิเศษเนื่องจากการ บรรทุกของโดยเรือไทย จึงจะมีสิทธิ

¹⁵¹ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555

ได้รับเงินค่าส่งของจากกรมฯ สัญญาพิพาทจึงไม่ได้ทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งอีก สัญญาพิพาทคดีนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ดังนั้น จากคดีพิพาทนี้ อาจเกิดคำถามว่าขอบเขตของเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอยู่ที่การกำหนดข้อความเช่นไรในสัญญา จึงจะถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ ซึ่งคดีพิพาทนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทั้งคณะ ไม่ได้เห็นพ้องกันทั้งหมดทุกท่านว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดให้ใช้เรือไทยเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งแสดงให้เห็นการขาดการให้คำจำกัดความ หรือ คำนิยามศัพท์ทางกฎหมายของคำว่า “เอกสิทธิ์” หรือการระบุลักษณะของเอกสิทธิ์อันเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ฉะนั้น ย่อมส่งผลว่าการใช้เอกสิทธิ์นั้นกระทำการโดยสุจริตหรือไม่ อย่างไร และย่อมจะต้องส่งผลถึงการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยเช่นกัน

4.2.2 การใช้เอกสิทธิ์โดยสุจริต การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐนำเอกสิทธิ์มาใช้นั้นจะสุจริตและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงไร เพราะการยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญา ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแห่งสาระสำคัญของสัญญา และ คู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น ที่จะสามารถกระทำได้โดยฝ่ายเดียว โดยหากไม่มีการผ่านการพิจารณาจากผู้พิพากษาหรือองค์กรตุลาการแล้ว จะรับรองได้หรือไม่ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนั้น กระทำโดยสมควรหรือโดยสุจริตหรือไม่ หรือการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่กล่าวอ้างมานั้น จะสุจริตหรือไม่ แค่นั้น อย่างไร มีหลายคดีพิพาทที่ศาลปกครองพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์โดยไม่สุจริต

4.2.3 การไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงของหลักสุจริตในขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอย่างชัดเจน อาจกล่าวได้ว่า การควบคุมการกระทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาในการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยยึดโยงกับหลักเอกสิทธิ์ เพราะอาจทำให้เกิดการใช้สิทธิ์อย่างไม่เหมาะสมหรือไม่สุจริตได้ ส่งผลทำให้เกิดปริมาณคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องขึ้นสู่อำนาจของศาลปกครองโดยไม่จำเป็น

การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้นที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีเอกสิทธิ์การแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก ข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยที่ไม่ต้องรอขอต่อศาลให้สั่งถึงการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อสัญญานั้น ซึ่งตามทฤษฎีของสัญญาทางปกครองนั้น การแก้ไข ยกเลิก เปลี่ยนแปลง ข้อสัญญานี้ต้องสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะเสมอ แต่ ในปัจจุบันก็ยังไม่มีกฎหมายกลางบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติชัดเจนถึงเอกสิทธิ์นี้ในสัญญาทางปกครอง ในปัจจุบันนี้พบเพียงกฎหมายเฉพาะบางฉบับ ที่ใช้กับสัญญาสัมปทานบางประเภท เช่น พระราชบัญญัติสัมปทานทางหลวง พระราชบัญญัติปิโตรเลียม 2540 และ มาตรา 50 พระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น ฉะนั้น หากมิใช่สัญญาที่เข้า

หลักเกณฑ์ของ พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็อาจปรับใช้ได้เช่น โครงการที่มีมูลค่า น้อยกว่า 5,000 ล้านบาท ที่ไม่อยู่ในความหมายของโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ของพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้ในกฎหมายทุกฉบับที่เกี่ยวข้อง ไม่มีบัญญัติการนำหลักสุจริตมาใช้ควบคู่กับการใช้เอกสิทธิ์เลย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการใช้เอกสิทธิ์นี้มีลักษณะของการได้เปรียบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งแม้คู่สัญญาอาจไม่มีความผิดเลย ฉะนั้นอาจเกิดความไม่เป็นธรรมหรือไม่สุจริตในการใช้เอกสิทธิ์นี้ได้ จึงอาจเกิดข้อสงสัยและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจรู้สึกว่าเป็นไม่เป็นธรรมได้ ฉะนั้น นอกจากการใช้เอกสิทธิ์ต้องสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะแล้ว สิ่งที่สำคัญเช่นเดียวกันคือ หลักสุจริตควรจะควบคุมการใช้เอกสิทธิ์ด้วยเสมอ

4.2.4 การขาดบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือกระทำการด้วยความสุจริต หลักสุจริตนั้นนับว่าเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ ที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญานับตั้งแต่ก่อนทำสัญญาจนถึงสิ้นสุดสัญญาในสัญญาทางปกครอง รวมไปถึงการตีความของสัญญา เช่น หากเกิดกรณีพิพาทในสัญญานั้น ไม่มีข้อความที่ชัดเจน หรือ มีแต่ไม่ชัดเจนหรือการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ปรากฏไม่ชัดเจนในสัญญา กล่าวคือ ปัญหาที่เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดเจน และไม่อาจค้นหาเจตนาาร่วมกันของคู่สัญญาพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ฉะนั้นในการตีความตามเจตนาในสัญญาของคู่สัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกัน ดังที่ปรากฏใน มาตรา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 368 ย กำหนดถึงการตีความตามสัญญานั้น ให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่า สัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะมิได้ทำขึ้นมาเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ฉะนั้น หลักสุจริตในการตีความตามสัญญามีความสำคัญยิ่งนัก ที่ผ่านมาศาลปกครองได้นำบทบัญญัติ มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในสัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคด้วย มีตัวอย่างดังนี้

กรณีนำหลักสุจริตมาปรับใช้กรณีการตีความตามเจตนาสัญญาของคู่สัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.508/2555

การฟ้องคดีการขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอนุญาตประกอบกิจการขนส่งผู้โดยสารจากนายทะเบียนกลาง โดยความเห็นชอบจาก คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ในเส้นทางเดินรถสาย ลาดพร้าว วัดบึงทองหลาง ได้ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดี 15 คน ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการรถโดยสารสองแถวขนาดเล็กให้มาเข้าร่วมวิ่งรถรับส่ง ในเส้นทางลาดพร้าว ถึง ซอยวัดบึงทองหลาง ต่อมา คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ได้มีมติเปลี่ยนเส้นทางรถใหม่ ทำให้ผู้ถูกฟ้อง

คดี องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) ต้องเดินรถผ่านเข้าไปในซอยวัดบึงทองหลาง ทับซ้อนกับเส้นทางเดินรถของผู้ฟ้องคดี 15 คน เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดี 15 คน จึงนำคดีมาฟ้องศาลปกครอง เพราะเห็นว่าองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ ผิดสัญญา และไม่มีสิทธินำรถโดยสารประจำทางของตนมาทับซ้อนเส้นทางเดินรถ ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาว่า เมื่อเนื้อความในสัญญาในรถโดยสารขนาดเล็กที่ทำกันนั้น ไม่ปรากฏว่ามีข้อห้ามไม่ให้ องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) นำรถโดยสารประจำทางรับ ส่ง ผู้โดยสารในเส้นทางนั้นแต่อย่างใด มีเพียงข้อสัญญาที่กำหนดว่า ในระหว่างอายุสัญญาสัมปทานหลักยังไม่สิ้นสุด ผู้ถูกฟ้องคดี องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) มีสิทธิให้ออกขนรายใดเข้าร่วมเดินรถตามสัญญาหลักได้ทุกเมื่อ ซึ่งการตีความตามสัญญานั้น ตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น ในการพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา นอกจากจะต้องพิจารณาตามเนื้อความตามสัญญาแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาในทางสุจริตและพิจารณาถึงปกติประเพณีในการทำสัญญานั้นๆด้วย จึงเห็นได้ว่า ข้อกำหนดดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะรับรองสิทธิขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือตัดสิทธิในการที่จะเดินรถโดยสารประจำทางด้วยตนเอง โดยปกติประเพณีทั่วไป หากคู่สัญญาต้องการจำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ต้องมีการระบุถึงข้อจำกัด หรือ ข้อห้ามดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง แม้จะเข้าใจมันมาโดยตลอดว่า องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) จะไม่นำรถโดยสาร มารับส่งในเส้นทางเดินรถดังกล่าวก็ตาม นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะของรถ จำนวนรถ และค่าโดยสารแล้ว ก็ยังมีความแตกต่างกัน โดยรถโดยสารของ องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) เป็นรถปรับอากาศและธรรมดา ราคา 18 บาทและ 10 บาท ในขณะที่รถโดยสารของผู้ฟ้องคดี 15 คน เป็นรถโดยสารมาตรฐานสองแถวราคา 4 บาท จึงไม่ถือว่าเป็นการแข่งขันแต่อย่างใด ถือว่า องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (หน่วยงานทางปกครอง) เป็นการกระทำการโดยสุจริตตามหน้าที่ที่ได้รับอนุญาตจากกรมการขนส่งทางบกแล้ว ฉะนั้น ในสัญญาทางปกครองการตีความตามสัญญาที่ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น ในการพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา นอกจากจะต้องพิจารณาตามเนื้อความตามสัญญาแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาในทางสุจริตและพิจารณาถึงปกติประเพณีในการทำสัญญา ซึ่งไม่แตกต่างกับสัญญาทางแพ่งแต่อย่างใด

4.2.5 ความเป็นนามธรรมของหลักสุจริต อันขาดองค์ประกอบที่ชัดเจนทางกฎหมายหรือในแง่ของกฎหมาย ผู้วิจัยเห็นว่าหลักสุจริต มีเพียงคำนิยามในพจนานุกรม หรือ ให้คำนิยามในหนังสือเอกสารทางวิชาการ แต่ไม่มีการกำหนดความหมายหรือคำนิยามศัพท์ของหลักสุจริตในกฎหมาย

ปกครองโดยเฉพาะในส่วนของสัญญาทางปกครอง เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติทางกฎหมายปกครอง คำว่า “สุจริต” จะพบน้อยมาก อันแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ซึ่งควรมีการกำหนด คำนิยมหรือความหมายของหลักสุจริตในกฎหมายปกครอง สามารถกระทำได้โดย กำหนดกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อการนำมาใช้อย่างตายตัว เพราะ หลักสุจริตนั้น เกิดได้จาก ความรู้สึก ผิดชอบ ชั่วดี ของมนุษย์ ที่เป็นวิญญูชน ผู้วิจัยเห็นว่า นอกจากการขาดบทบัญญัติของหลักสุจริตในสัญญาทางปกครองแล้ว สาเหตุอีกประการหนึ่งซึ่งอาจส่งผลให้ศาลปกครองมิได้กล่าวอ้างถึง หลักสุจริตได้อย่างชัดเจน



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

หลักสุจริต นั้น ถือได้ว่าเป็นหลักจริยธรรมสากล¹⁵² หรือหลักกฎหมายนานาชาติ ที่สืบเนื่องแนวความคิดมาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักกฎหมายซึ่งมีอุดมการณ์ว่า กฎหมายธรรมชาติคือกฎหมายแห่งโลก และกฎหมายที่แท้จริงหรือกฎหมายธรรมชาตินั้นมีสาระอยู่ที่เหตุผลและเหตุผลนี้จะ เป็นสิ่งที่เป็นไปและมีอยู่ตามธรรมชาติ คงที่ และคงอยู่อย่างสม่ำเสมอจนนิรันดร์ มนุษย์ทุกคนย่อมทราบได้เองว่าจะไร้อะไรผิด

ในเชิงประวัติศาสตร์นั้นเราพบหลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายโรมันที่ว่าด้วย bona fides อันหมายถึง ความซื่อสัตย์ สัจจะอันชอบ¹⁵³ อันนำมาซึ่งหลักสุจริตในระบบกฎหมายในปัจจุบันนี้ ซึ่งมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานและต่อเนื่องมาตั้งแต่สมัยโรมัน มีการนำมาใช้อย่างหลากหลาย และมักใช้ไปในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยมีได้แยกหลักซื่อสัตย์และสุจริตออกจากกัน ไม่ได้มีความหมายหรือนัยที่แตกต่างกัน พบเพียงแต่นำมาใช้ในนามของ “หลักสุจริต” แต่เดิมหลักสุจริต ใช้เป็นเพียงหลักของข้อต่อสู้ ต่อมาได้กลายเป็นสารบัญญัติที่ศาลได้พัฒนาให้มีขอบเขตมากขึ้น หลักสุจริต กลายเป็นฐานแห่งสิทธิของการฟ้องคดีที่ไม่มีกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะได้ และหลักสุจริตยังเป็นที่มาของหลักกฎหมายอื่นๆที่มีความสำคัญเช่น¹⁵⁴ หลักความรับผิดชอบเพื่อความซำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขายในสมัยโรมัน หรือ หลักกฎหมายปิดปากอันเกิดจากกรณีทำสัญญาลวงและสัญญานั้นมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียหาย ผู้กระทำการลวงย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง หรือ หลักห้ามทำการโดยไม่สุจริตเป็นเหตุให้เสื่อมแก่คู่กรณี หรือ หลัก ผู้รับโอนโดยสุจริตย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้โอน เป็นต้น บทบาทของหลักสุจริตในประวัติศาสตร์สมัยโรมันที่ยังส่งผลถึงระบบกฎหมายในปัจจุบันที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การตีความแห่งเนื้อหาของสัญญาในกรณีที่ไม่ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนซึ่งผู้พิพากษาศาลโรมันใช้แนววินิจฉัยว่า “ไม่มีสิ่งใดที่จะสอดคล้องกับความสุจริตยิ่งไปกว่าการปฏิบัติตามที่ได้ตกลงไว้ด้วยความสมัครใจ และในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันอย่างชัดเจน ก็ต้องมีการตีความ

¹⁵² J.F O’Cornor, Good Faith in international law (Aldershot:Dartmouth Publishing Company,1991) p.6-7.

¹⁵³ อ่างแล้ว กิตติศักดิ์ ประกิต

¹⁵⁴ อ่างแล้ว กิตติศักดิ์ ประกิต

เจตนาโดยปริยายตามหลักสุจริต บุคคลย่อมผูกพันกันตามหลักสุจริต ไม่เพียงแต่ต้องงดเว้นจากการกระทำการอันเป็นกลฉ้อฉลนั้น แต่ยังต้องผูกพันตามข้อกำหนดในทางสุจริตที่ตนไม่ได้ตกลงกันไว้ชัดแจ้งอีกด้วย การตีความตามสัญญาต้องตีความตามประสงค์ในทางสุจริต” โดยหลักการตีความของสัญญานี้ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ที่ปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในระบบกฎหมายแพ่งของไทยนั้น ให้ความสำคัญกับหลักสุจริต โดยนำมาบัญญัติไว้หลายมาตรา ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 และ บทที่ 3 ในส่วนระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น แม้ไม่มีการบัญญัติหลักสุจริตไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการบัญญัติไว้ใน ข้อ 5 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 โดยมีใจความคือ วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้ และในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง และยังได้มีการรับรองหลักสุจริตโดยคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 733/2554 ได้วางหลักรับรองว่า มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ ไม่มีผลทางกฎหมายสมบูรณ์ นอกจากนั้น หากบุคคลใดใช้สิทธิของตนโดยไม่สุจริตแล้วเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายเช่นตามที่ปกติย่อมเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของตนให้แก่ผู้เสียหาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวและผลทางกฎหมายอันฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายข้างต้น ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้น จึงย่อมใช้บังคับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ตามสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง”

หลักสุจริตในทางวิชาการนั้น มีลักษณะสำคัญ หลายประการ ดังนี้

1. เป็นบทกฎหมายยุติธรรม¹⁵⁵ ลักษณะของบทกฎหมายยุติธรรมนั้น รศ. สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายว่า¹⁵⁶ หลักสุจริต ที่ปรากฏ ในมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 368 นั้น เป็นบท

¹⁵⁵ อ่างแล้ว ปรีดี เกษมทรัพย์

¹⁵⁶ สมยศ เชื้อไทย. (2542) . คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชน

ประกาศหลักทั่วไปโดยกว้าง ไม่มีความหมายเฉพาะเจาะจงถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของคู่กรณี แต่เป็นบทบัญญัติมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำนั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายจะสนับสนุนหรือไม่ ซึ่งลักษณะของกฎหมายดังกล่าวนี้ ถูกเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “กฎหมายยุติธรรม” ซึ่งมีได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด ในการใช้และตีความกฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องใช้ดุลยพินิจประกอบ เพื่อเสริมเนื้อความให้กฎหมายสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อให้เป็นธรรมและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีและตามกาลสมัย และการนำหลักสุจริตมาใช้แก่คดีนั้น มีลักษณะเพื่อหาสิ่งที่ถูกต้องควรตามตามความชอบธรรมที่ควรจะเป็นโดยมีจุดมุ่งหมายของความยุติธรรมจากการนำหลักสุจริตมาใช้นั่นเอง ไม่ว่าจะเป็นการกระบวนกรใดๆ ของสัญญาตั้งแต่ก่อนทำสัญญา ขณะทำสัญญา จวบจนกระบวนกรสิ้นสุดของสัญญา

2. เป็นกฎหมายที่เป็นบทบังคับ อันหมายความว่า เป็นกฎหมายที่มีลักษณะของการบังคับให้เป็นไปตามที่กำหนดนั้นอย่างเคร่งครัด ซึ่งคู่กรณีไม่สามารถเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเว้นได้ แม้สมัครใจทั้งสองฝ่ายก็ตาม

3. หลักสุจริตนั้น มีลักษณะที่มีเนื้อความไม่ขัดแย้งในการนำมาใช้ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า กรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมานั้นไม่มีใครทราบล่วงหน้าว่าจะพิพาทเช่นไร ข้อใด และข้อพิพาทจะมีลักษณะด้วยประการใด ขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี แต่ละสภาพการณ์ในการปรับใช้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จึงอาจนำหลักสุจริตเข้ามาวินิจฉัย เพื่อเป็นแนวทางให้กฎหมายได้ควบคุมการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของเอกชนไม่ให้ขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวมและความรู้สึก ผิดชอบ ชั่วดีของสังคมนั่นเอง

4. เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ลักษณะที่จะนำหลักสุจริตมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายจะปรับใช้แล้ว เพราะการที่มีกฎหมายบัญญัติบังคับเฉพาะไว้แล้วย่อมมาก่อนกฎหมายทั่วไป จะใช้กฎหมายทั่วไปก็เมื่อไม่มีบทเฉพาะจะปรับใช้เท่านั้นนอกจากนี้ยังอีกนัยหนึ่งได้คือ นำมาอุดหรือเสริมกฎหมายหลักได้

5. เป็นบทครอบจักรวาล ที่อธิบายได้ว่า สามารถนำมาใช้ได้เป็นพื้นฐานในการมีนิติสัมพันธ์ทุกระบบกฎหมาย โดยมีบทบาทสำคัญที่ควบคุมความประพฤติของบุคคลให้ตั้งมั่นในการมีการกระทำที่สุจริตในการทำนิติสัมพันธ์ต่อกันเสมอ เป็นหลักจริยธรรมสากลที่มนุษย์พึงปฏิบัติต่อกัน แม้ไม่ใช่ความสัมพันธ์ในรูปแบบของนิติสัมพันธ์ก็ตาม

การมีลักษณะสำคัญตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นทำให้ หลักสุจริต มีบทบาทที่สำคัญยิ่งในระบบกฎหมาย กล่าวได้ว่า หลักสุจริตมีบทบาทที่สำคัญหลายประการ ดังนี้

1. นำหลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยความสุจริตของคู่สัญญาในแต่ละกรณีหรือเหตุการณ์นั้นๆ จะช่วยให้องค์กรตุลาการได้พิจารณาอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ในกรณีที่จำเป็นต้องมีการปรับหลักสุจริตมาใช้แก่คดีนั้นจริงๆ และยังสามารถนำหลักสุจริตไปเสริมได้ หรือนำมาปรับใช้เพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละเหตุการณ์
2. นำหลักสุจริตมาควบคุมกระบวนการทำสัญญาของคู่สัญญาว่ากระทำการโดยสุจริตหรือไม่ ตั้งแต่ก่อนทำสัญญา ขณะทำสัญญาและหลังการทำสัญญา กระบวนการทำสัญญาทั้งหมดถือเป็นสาระสำคัญของการทำสัญญา เพราะหากกระบวนการทำสัญญากระทำขึ้นโดยไม่สุจริต อาจทำให้สัญญาไม่ผลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้
3. นำหลักสุจริตมาควบคุมการใช้สิทธิของการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาว่าใช้สิทธิหรือปฏิบัติต่อคู่สัญญาโดยสุจริต หรือ ใช้สิทธิตามสัญญาแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาหรือไม่
4. นำหลักสุจริตมาใช้ในการตีความสัญญาของคู่สัญญาที่คู่สัญญา ในกรณีที่อาจไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนถึงเนื้อหาสาระของสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการนำหลักสุจริตมาอุดช่องว่างของสัญญา คือ ไม่อาจค้นหาเจตนาที่แท้จริงหรือตีความตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ จึงต้องตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี ซึ่งการตีความตามประสงค์ก็คือการตีความตามเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่าย ไม่ใช่เจตนาของฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวเท่านั้น ว่าบุคคลทั่วไปที่กระทำการโดยสุจริตเขาจะตกลงกันหรือจะมีเจตนาร่วมกันเช่นไร ในช่องว่างแห่งสัญญาที่ปรากฏนั้น
5. เป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากหลักสุจริตจะเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั้งระบบแล้ว หลักสุจริตนั้นยังถือว่าเป็นที่มาหรือต้นกำเนิดของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญหลายๆหลัก ที่เป็นประโยชน์ทางวิชาการในทางกฎหมายที่ทำให้เกิดการพัฒนากฎหมายเพื่อใช้รักษาความยุติธรรมในประเทศทั้งในระบบกฎหมายแพ่งและระบบกฎหมายปกครอง

ศาลปกครองได้นำเอาหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในกรณีสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหลายคดี โดยบางคดีกล่าวอ้างหลักสุจริตที่บัญญัติที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ตามลักษณะของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ ดังนี้

ก. กรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

1. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 การนำหลักสุจริตมาพิจารณาถึงการใช้อิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อิทธิเหนือกว่าของคู่สัญญาในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่สุจริต กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อิทธิบอกเลิกสัญญาโดยใช้เอกสิทธิ์ที่ตนมีเหนือกว่าคู่สัญญาและเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.616/2561 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในกรณีการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการโดยไม่สุจริต คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงสามารถและมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

5 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1265/2558 กรณีนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อิทธิโดยไม่สุจริต โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิเสธการชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยไม่สุจริต คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1031/2559 กรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐยึดหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่สุจริต

6 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 2554/148กรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อิทธิแก้ไขสัญญาเพียงฝ่ายเดียวโดยปราศจากคำยินยอมจากคู่สัญญาเอกชน

7 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กรณีการปรับกรณีคู่สัญญาส่งมอบงานล่าช้า ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.1376/2560 เป็นต้น

ข. กรณีการตีความตามสัญญาและการตีความตามเจตนาของคู่สัญญา

1. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.508/2557 กรณีนำหลักสุจริตมาปรับใช้กรณีการตีความตามสัญญาของคู่สัญญาที่ไม่ได้ระบุในข้อสัญญาอย่างชัดเจน

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.956/2555 กรณีนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการตีความตามเจตนาของคู่สัญญา

จากการศึกษาคดีข้อพิพาทที่ศาลปกครองนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทในสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น มีลักษณะของคดีพิพาทเช่นการใช้สิทธิโดยสุจริต

หรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือ การใช้สิทธิในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงการตีความในสัญญาในทางสุจริตของคู่สัญญาในกรณีที่เนื้อหาในสัญญาไม่มีการระบุชัดเจน และ ยังนำมาปรับใช้ในการตีความตามเจตนาของคู่สัญญา และ ยังรวมถึงการใช้สิทธิปรับจากการผิดสัญญา และการริบหลักประกันของสัญญานั้นกรณีที่คู่สัญญาเอกชนผิดสัญญา เป็นต้น ดังนั้นเราพบความหลากหลายของกรณีข้อพิพาทที่นำหลักสุจริตมาใช้ในคดีพิพาทในสัญญาทางปกครอง ทำให้เห็นได้ว่าหลักสุจริตมีความสำคัญและมีบทบาทมากแม้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ผู้วิจัยเห็นว่า หลักสุจริตเข้ามามีบทบาทและมีความสำคัญต่อนิติวิธีรองจากการปรับใช้ บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และผู้วิจัยพบว่า การที่ศาลปกครองได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการ พิจารณาพิพาทคดีนั้น พบว่าในบางคดี ศาลปกครองสูงสุดได้การกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตตามที่ บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งนั้นอย่างชัดเจน และ บางคดีไม่ได้มีการกล่าวอ้างถึงบทบัญญัตินั้นอย่าง ชัดเจนแม้มีลักษณะข้อพิพาทที่คล้ายคลึงกันก็ตาม ทั้งๆที่ควรจะกล่าวอ้าง แต่ศาลปกครองก็ตัดสิน พิจารณาคดีพิพาทโดยใช้หลักสุจริตเป็นพื้นฐาน อาจกล่าวได้ว่า แม้คดีพิพาทนั้นไม่มีการกล่าวอ้างถึง หลักสุจริตโดยตรง แต่ถ้าศึกษาวิเคราะห์จากคำพิพากษานั้น จะพบว่า หลักสุจริต นั้นอยู่เบื้องหลังของ คำพิพากษานั้นด้วย

5.2 ปัญหาของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้และแนวทางข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองสูงสุด ได้นำเอาหลักสุจริต ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในข้อเท็จจริงหลายประการ หลายคดี บางคดีพิพาทมีลักษณะข้อพิพาทที่ คล้ายคลึงกัน แนวทางเดียวกัน บางคดีกล่าวอ้างหลักสุจริต ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ชัดเจน แต่บางคดีไม่ได้มีการกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน และการมีลักษณะเป็นนามธรรมของ หลักสุจริตจะนำมาควบคุมคู่สัญญาฝ่ายรัฐผู้พิทักษ์ดูแลสาธารณะประโยชน์ได้เหมาะสมแค่ไหน อย่างไรก็ตาม หรือไม่นั้น ศึกษาได้ดังนี้

5.2.1 กรณีขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ที่นำมาใช้นั้น มีขอบเขตแค่ไหน

กระทำการเช่นไรจึงจะถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ เพราะการใช้เอกสิทธิ์ย่อมส่งผลโดยตรงว่าการใช้เอกสิทธิ์ นั้นสุจริตหรือไม่ ลักษณะของการใช้เอกสิทธิ์ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น เช่น เกิดจาก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาหลังทำสัญญา และเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญา นอกเหนือจากเอกสิทธิ์ 2 ประการนี้แล้ว ยังขาดถึงบทบัญญัติที่กำหนดถึงลักษณะของการมีเอกสิทธิ์ ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอันชัดเจน ควรจะมีการกำหนดบทบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรถึง ขอบเขต การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพื่อความแน่นอนของขอบเขตว่ามีเช่นไร จากกฎหมาย

เฉพาะที่เกี่ยวกับ สัญญาทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติสัมปทานทางหลวง พ.ศ. 2547 กำหนดการ มีเอกสิทธิ์ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถยกเลิกสัมปทานได้ฝ่ายเดียว ในปัจจุบันนี้ระบบกฎหมายปกครอง ไทยยึดตามแนวทฤษฎีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่กล่าว อ้างถึงหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครองและการทำสัญญาทางปกครอง แต่ยังคง ขาดถึงการกำหนดขอบเขตของเอกสิทธิ์ว่าควรจะมีขอบเขตแค่ไหน เช่นไร อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร

ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555 คดี พิพาทสัญญาซื้อขายประตูตรวจค้นโลหะของกรมธนารักษ์ กรมธนารักษ์ ได้ทำสัญญาซื้อประตูตรวจ ค้นโลหะพร้อมติดตั้งระบบและ ฝึกฝนการใช้งานกับบริษัทเอกชนเพื่อใช้ในการตรวจค้นเพื่อป้องกันมิ ให้เหรียญกษาปณ์ โลหะที่มีค่า เช่น เงิน ทองคำ ทรัพย์สินที่มีค่าของแผ่นดินที่กรมธนารักษ์ มีหน้าที่ เก็บรักษาที่เป็นโลหะ ต้องสูญหายไป จึงเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามภารกิจและอำนาจหน้าที่ ของกรมธนารักษ์ ในสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่กรมฯ ซึ่งไม่อาจพบใน สัญญาทางแพ่งทั่วไป ได้แก่ ข้อ 4 ที่กำหนดให้บริษัทเอกชน ต้องใช้เรือไทยใน การขนส่งสิ่งของหรือ เครื่องตรวจโลหะตามสัญญา ซึ่งหากขนส่งสิ่งของโดยไม่ใช้เรือไทย จะต้องนำหลักฐานการชำระค่า ธรรมเนียมพิเศษเนื่องจากการ บรรทุกของโดยเรือไทย จึงจะมีสิทธิ ได้รับเงินค่าส่งของจากกรมธนา รักษ์ ซึ่งคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ต่างก็มีความคิดเห็นต่างว่าการกำหนดให้ บรรทุกเรือของไทยในการส่งสินค้า จะมีลักษณะของการใช้อิทธิพลเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใน สัญญานั้นหรือไม่ ซึ่งการลงมติในคดีพิพาทนี้เสียงไม่เป็นไปตามเอกฉันท์ ให้ถือว่า การกำหนดให้ บริษัทเอกชนต้องใช้เรือไทยในการขนส่งนั้น เป็นการใช้อิทธิพลที่เหนือกว่า

และในขณะเดียวกัน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนพบว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาเอกชนจะสามารถใช้สิทธิ์เช่นนี้บ้างได้ หรือไม่ เช่นบอกเลิกสัญญาถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็น ฝ่ายผิดสัญญาก่อน เพราะในระบบสัญญาทางปกครองยังไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมาย กลางกำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถทำได้หรือไม่ หากพบว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งมีตัวอย่างใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1500/2558 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1031/2559 ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ไม่สามารถแจ้งให้ผู้ฟ้องคดี (คู่สัญญาเอกชน) เริ่มทำงานตามสัญญาได้ เนื่องจากประสบปัญหาไม่อาจส่งมอบพื้นที่บริเวณที่จะก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้อง คดีได้เพราะเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นเกษตรกรเปลี่ยนใจไม่ยินยอมขายที่ดินให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี จนเลยมา 6 เดือน หลังจากทำสัญญา ต่อมาเมื่อระยะเวลาเกือบ 1 ปี หลังจากทำสัญญา ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือทวง ถามการส่งมอบที่ดินมาโดยตลอด ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ได้ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือ บอกเลิกสัญญาเนื่องจากตนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้จากการไม่ส่งมอบพื้นที่ แต่อย่างไรก็ตาม

ในระบบกฎหมายแพ่ง การทำสัญญานั้น ต้องปฏิบัติตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัด ทำให้การบอกเลิกสัญญาของผู้ฟ้องคดีฝ่ายเดียวไม่มีผล หากมิได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อให้การบริการสาธารณะสามารถดำเนินการอย่างต่อเนื่องและบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงไม่อาจบอกเลิกสัญญากับฝ่ายปกครองได้ แต่จะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เลิกสัญญาได้เท่านั้น ซึ่งแตกต่างกับสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมและเสมอภาคกัน โดยไม่ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมีสิทธิและใช้สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายไทยยอมรับว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเสมอ

แนวทางแก้ไขในการกำหนดขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจน เพื่อให้ความแน่ชัดในทางกฎหมายทั้งแก่ผู้ใช้และผู้บังคับใช้กฎหมาย ควรบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเพิ่มหมวด “สัญญาทางปกครอง” เนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง หรือ อาจมีการตรากฎหมายกลางขึ้นมาโดยเฉพาะใช้บังคับสำหรับสัญญาทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เหมือนกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บังคับใช้กับ “คำสั่งทางปกครอง” และเพื่อความชัดเจนของลักษณะของการใช้เอกสิทธิ์ ควรกำหนดในข้อบัญญัติเช่น การกระทำดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากกระทำการไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อการบริการสาธารณะ เช่น

1. การยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว
2. การแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว
3. การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว
4. การกระทำอื่นใดที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ
5. การกำหนดข้อความในสัญญาอันแสดงถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อันมีอาจพบได้ใน

สัญญาปกติในทางแพ่ง

- 6.กรณีอื่นๆ ที่อาจกำหนดในภายหลัง เป็นต้น

5.2.2 การไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในการกำหนดให้การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องกระทำควบคู่กับหลักสุจริตอย่างชัดเจน เมื่อการใช้เอกสิทธิ์นั้น เป็นการใช้สิทธิเพียงฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจนำเอกสิทธิ์มาใช้โดยไม่สุจริต หรือไม่เหมาะสมได้ ดังคดีข้อพิพาทหลายคดีที่ศาลปกครองพิจารณาว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เช่น การบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิเสธการชำระหนี้โดยไม่สุจริต หรือการยึดหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่สุจริต เป็นต้น เพื่อเป็นการควบคุมให้การใช้เอกสิทธิ์ควบคู่กับการใช้สิทธิอย่างสุจริตควรมีการกำหนดชัดเจนโดยกฎหมาย การขาดบทบัญญัติการใช้หลักเอกสิทธิ์ควบคู่กับหลักสุจริตนั้น ที่ผ่านมามีเกิดคำถามว่า การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น กระทำการด้วยความสุจริตหรือไม่ ปัญหาข้อนี้ ต้องผ่านองค์การตุลาการเพื่อพิจารณาเสมอ ว่าเอกสิทธิ์ที่นำมาอ้างนั้น เป็นการกระทำที่สุจริตหรือไม่ ซึ่งอาจส่งผลให้การดำเนินคดีช้ากว่าที่ควรจะเป็น หรือ บางคดีไม่ควรเข้าสู่กระบวนการของศาลปกครองหรือองค์การตุลาการเลย ย่อมทำให้เสียเวลาและเสียงงบประมาณในการพิจารณา อาจส่งผลให้องค์การตุลาการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันออกไป

การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีลักษณะเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แม้ว่าจะไม่มีการกระทำผิดตามสัญญาใดๆเลยก็ตาม จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะพบว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์โดยไม่สุจริตหลายคดี ฉะนั้นเพื่อเป็นการควบคุมการใช้เอกสิทธิ์ไปในแนวทางไม่เหมาะสมนั้น ควรจะต้องมีการกำหนดนำหลักสุจริตมาใช้ควบคู่กับการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเสมอ ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พบว่า ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใด ที่กำหนดถึงหลักสุจริตโดยเฉพาะการนำหลักสุจริตมาควบคุมการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ควรจะบัญญัติในหมวดสัญญาทางปกครองหรือโดยเพิ่มหมวด “สัญญาทางปกครอง” หรือ อาจมีการตรากฎหมายกลางขึ้นมาโดยเฉพาะใช้บังคับสำหรับสัญญาทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

5.2.3 ปัญหาของการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองหลักสุจริตอย่างชัดเจนในระบบสัญญาทางปกครอง ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทแห่งการพิจารณาคดีพิพาททางปกครอง และ ในระเบียบที่ประชุมใหญ่แห่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2542 ไม่พบบัญญัติที่กำหนดให้ มีการนำหลักสุจริต มาปรับใช้ในคดีปกครองเป็นพื้นฐาน ทั้งๆที่หลักสุจริตมีบทบาทและมีลักษณะของการนำมาใช้พิจารณาคดีพิพาททางปกครองจำนวนมาก และในระเบียบที่ประชุมใหญ่แห่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2542 หมวด

ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองก็กำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กรณีที่กฎหมายหรือระเบียบว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดไว้

ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ศาลปกครองได้นำบทบัญญัติทางแพ่งต่างๆ มาใช้โดยอนุโลม ไม่มีการกล่าวอ้างถึง หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถึงแม้ว่าจะพิจารณาคดีพิพาทตั้งบนพื้นฐานหลักสุจริตก็ตาม กรณีเช่นนี้อาจอธิบายได้ว่า การบัญญัติรับรองหลักสุจริตในระบบกฎหมายปกครอง ย่อมส่งผลถึงคำพิพากษาของศาลปกครองด้วยว่า จะอ้างถึงหลักสุจริตหรือไม่ เพราะระบบกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การอ้างถึงตัวบทกฎหมายย่อมมีความสำคัญในคำพิพากษาของคดีเสมอ

ตัวอย่างคดีพิพาทที่ศาลปกครองไม่ได้อ้างถึงหลักสุจริตโดยตรง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.279/2562 ผู้ฟ้องคดี(เอกชน) ได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงระบบระบายน้ำพร้อมบ่อพัก กับ เทศบาลนครอุดรธานี ศาลปกครองพิพากษาว่าถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) ไม่มีสิทธิรับหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ในคดีนี้ถึงแม้ศาลปกครองไม่ได้อ้างถึงการใช้สิทธิในการริบเงินที่เป็นหลักประกันโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง แต่ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า การตัดสินพิจารณาคดีของศาลในคดีพิพาทนี้ตั้งอยู่บนการใช้ดุลยพินิจบนพื้นฐานของหลักสุจริต ว่าการริบหลักประกันนั้นกระทำโดยสุจริตและชอบธรรมหรือไม่ เหตุแห่งการริบนั้นสุจริตและสมควรหรือไม่

มีตัวอย่างคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการอันเป็นการวางหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยไม่สุจริตของคู่สัญญา¹⁵⁷ ข้อเท็จจริงคือ วิศวกรมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจเหมือนของประเทศไทย ทำสัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างสถานีผลิตก๊าซมีเทน อันเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และในสัญญากำหนดให้อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในสัญญากำหนดว่าหากผู้รับจ้างทำงานไม่เสร็จตามที่กำหนด ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและจัดหาผู้รับจ้างรายใหม่ให้ทำต่อไป โดยผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด จากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าจ้างมิได้บอกเลิกสัญญาแก่ผู้รับจ้างโดยได้หาผู้รับจ้างรายใหม่มาทำงานแทนทันที คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการที่ผู้ว่าจ้างไม่ได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยสุจริตตามที่กำหนดในสัญญา จึงถือว่าผู้ว่าจ้างมิได้ปฏิบัติตามสัญญา จึงวินิจฉัยให้ผู้รับจ้างมีต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ต่อมาผู้ว่าจ้างนำคำวินิจฉัยมาให้ศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะ

¹⁵⁷ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพถกษ.(2561) วารสารวิชาการกฎหมายปกครอง ปีที่18ฉบับที่1(มกราคม-มีนาคม2561) หน้า162-174.

อนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่า หลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง เป็นหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง จึงเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้เข้าไปตรวจสอบถึงดุลยพินิจในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในการตีความสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่มีต่อกันตามสัญญาโดยสุจริตว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ในคดีนี้แม้ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้ใช้คำว่าไม่สุจริต แต่ศาลก็ใช้หลักสุจริตมาเป็นพื้นฐานการตัดสินคดี

5.2.4 กำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายของหลักสุจริตให้ชัดเจน ถึงแม้ว่าหลักสุจริตจะมีลักษณะอันขาดองค์ประกอบที่ชัดเจนทางกฎหมายก็ตาม ความเป็นนามธรรมของหลักสุจริตอันนี้อาจกำหนดถึงองค์ประกอบทางกฎหมายได้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า การให้คำนิยามของ black law ค่อนข้างเป็นคำให้คำจำกัดความของ สุจริตได้ดี โดยกำหนดถึงองค์ประกอบ ดังนี้ คือ ความซื่อสัตย์ในความเชื่อ ความซื่อตรงต่อหน้าที่หรือหนี้หรือสิ่งที่ต้องปฏิบัติของตน ความมีเหตุผลในการต่อรองกันอย่างเป็นธรรม และ ความไร้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางที่ไม่ชอบต่อกัน หรือแม้กระทั่งความสามารถของผู้ร่างกฎหมาย น่าจะกำหนดองค์ประกอบหรือลักษณะของ หลักสุจริต ให้มีความเป็นรูปธรรมขึ้นได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งอาจส่งผลให้ หลักสุจริต มีความชัดเจน มีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น และมีการนำมาใช้มากขึ้น เพราะความมีลักษณะเป็นนามธรรมของหลักสุจริตนั้นอาจส่งผลต่อดุลยพินิจของตุลาการศาลปกครอง สำหรับบางคดีพิพาทที่ไม่ได้กล่าวอ้างโดยตรงของหลักสุจริตแม้ว่าจะมีความเกี่ยวข้องกับคดีพิพาทนั้นก็ตาม ด้วยลักษณะของหลักสุจริตนั้น มีลักษณะในเชิงนามธรรม มีลักษณะที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีความหมายในทางเทคนิค หรือ ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายให้คำนิยามไว้ และไม่มีการแยกถึงองค์ประกอบทางกฎหมายของหลักสุจริตได้อย่างชัดเจน

บทสรุป

กฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น ได้มีที่อยู่กระจัดกระจายกันออกไป มีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไปในแต่ละฉบับ ต่างจากกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่งที่มีการรวบรวมด้วยบทกฎหมายไว้เป็นประมวลกฎหมาย และความใหม่ของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทยอย่างเป็นทางการเกิดขึ้นไม่ยาวนานเท่ากฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญานั้น อาจทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ใช้ไม่ครอบคลุมในทุกกรณี ความจำเป็นในการค้นหา หลักกฎหมายทั่วไป เพื่อนำมาใช้เป็นบทคู่เคียงหรือบทสำรองของกฎหมายลายลักษณ์อักษร นั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะ

“หลักสุจริต” เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญมากของการทำสัญญา โดยศาลปกครองสูงสุด ได้นำ “หลักสุจริต” มาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทในสัญญาทางปกครอง และ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.510/2554 และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.733/2554 ได้ใช้ถ้อยคำรับรองว่า “หลักสุจริตถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่เป็นระบบของระบบกฎหมายของรัฐทั้งระบบ จึงย่อมใช้บังคับกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทั้งตามสัญญาแพ่งและสัญญาทางปกครอง”¹⁵⁸ ดังนั้น หากไม่มีการบัญญัติถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน ย่อมส่งผลให้ศาลปกครอง ให้ความสำคัญกับ ตัวบทบัญญัติ ของกฎหมายโดยเฉพาะเรื่องทางเทคนิคมากๆ ผลเสียจากการยึดตัวหนังสือมากเกินไปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹⁵⁹ อาจทำให้กฎหมายขาดสภาพความสัมพันธ์กับผลที่ควรจะเป็นได้

สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งคือ ในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ควรจะมีการรวบรวมหลักสุจริตจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้ทุกคดีพิพาทโดยแยกประเภทของสัญญาทางปกครอง โดยแบ่งเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพที่เกิดจากการวางหลักจากศาลปกครองสูงสุด เพื่อเป็นแนวในการดำเนินการศึกษาค้นคว้า หรือ เป็นหลักเกณฑ์ในการวางบรรทัดฐานเพื่อจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้คดีต่อไป เพื่อไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งน่าจะก่อให้เกิดหลักสุจริตที่นำมาใช้ในคดีพิพาททางสัญญาทางปกครองเกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมทั้งยังก่อให้เกิดแนวปฏิบัติของหน่วยงานทางปกครองได้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติราชการหรือนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานในการปฏิบัติงานอันเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองในฐานะที่เป็นคู่สัญญาได้ ซึ่งต้องนำมาซึ่งการลดความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ และยังเป็นการลดปริมาณคดีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลอีกด้วย

¹⁵⁸ หน้า 29 ของคำพิพากษา

¹⁵⁹ คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. (2548) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 115.

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. การใช้การตีความกฎหมาย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ , ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์โครงการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550
- กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,2555
- คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2548
- จินดา ชัยรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2478.
- ณรงค์ฤทธิ์ เทพฤทธิ์. หลักกฎหมายปกครอง:ทฤษฎีและปฏิบัติ, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บริษัทหลักกฎหมายปกครองวันละเรื่องจำกัด,2558
- นนทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556
- บวรศักดิ์อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538
- บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากล(จำกัด). สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา, กรุงเทพมหานคร, 2547
- ประยูร กาญจนดุล. คำอธิบาย วิชา กฎหมายปกครอง, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.
- ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป .กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2554
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่5 กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2526.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธ์. กรุงเทพฯ, 2526.
- ปรีชา ช่างขวัญยืน. มนุษย์กับการใช้เหตุผล กรุงเทพฯ : โครงการจัดทำตำราเพื่อการพัฒนาคุณภาพการศึกษาในระดับอุดมศึกษา สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา, 2549.
- มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน,กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ประวัติศาสตร์ความคิดทางนิติปรัชญา. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561.

วรรณรี สิงโต. เอกสารการสอนชุดกฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลัก
กฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ 1 สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2554.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาส์นการ
พิมพ์, 2538.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542.

สุรพล นิติไกรพจน์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

กฎหมาย และ ระเบียบ พจนานุกรม

พจนานุกรมไทย พ.ศ. 2470

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 6 มกราคม 2515

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493

พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

วิทยานิพนธ์

กนกวรรณ อธิธิวิภาค. “ศาลปกครองกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552

ปาลวีร์ พิสิฐเสนากุล. “หลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553

สุจิต ปัญญาพฤกษ์. “การใช้สิทธิโดยสุจริต” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2541.

สุรรัตน์ ประจันปัจจนิก. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง”
วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

นรวุฒิ ชูสีวรรณ. “การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558

สุรินทร์ ทองมา, “พัฒนาการและแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย” : วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ. 2533.

บทความ วารสาร

การบรรยายวิชาการเรื่องข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษไปกว่าข้อสัญญาทั่วไป, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่19ฉบับที่4 ตุลาคม-ธันวาคม 2562.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “รากเหง้าของหลักสุจริตในระบบกฎหมายยุโรป” วารสารยุโรปศึกษา. ปีที่17ฉบับที่ 12ก.ค.-ธ.ค. 2552, หน้า117.

ณัฐพงศ์ โกษะ. “หลักสุจริต:หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. สิงหาคม พ.ศ.2555 หน้า21

ณัฐพงศ์ โปษะบุตร, “หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่ง กฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วารสาร AULJ ฉบับที่ 3 สิงหาคม 2555.

ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, “การนำหลักกฎหมายทั่วไปไปตามรัฐธรรมนูญมาใช้วินิจฉัยคดีปกครอง”. วารสารวิชาการกฎหมายปกครอง ปีที่18ฉบับที่1 มกราคม-มีนาคม2561, หน้า162.

พรสันต์ เลี้ยงบุญชัยเลิศ. “หลักสุจริตในระบบรัฐธรรมนูญ”. วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 46 ฉบับที่1 2559 หน้า 149-154.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “หลักสุจริตในกฎหมาย.” วารสารจตุรนิติ , พย-ธ.ค.2556, หน้า44.

มานิตย์ วงศ์เสรี. “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน.”

วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่7 ฉบับที่ 1 มกราคม-เมษายน2550 หน้า 40-47

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 2, หน้า 262-276.

เอกสิทธิ์ วินิจกุล. “การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดี.” วารสารสำนักงานศาลปกครอง ,ปีที่3ฉบับที่1 มกราคม – มีนาคม 2561.

สำนักนายกรัฐมนตรี, วัฒนธรรมไทยเรื่องประวัติการค้าขายของไทย,พ.ศ.2501,หน้า152-159.

ฐานข้อมูลออนไลน์

เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม,การตีความสัญญา (2561) เข้าถึงได้จาก www.เพจคำพิพากษาฎีกา.com (2562 มิถุนายน)

ปราณี สุขศรี. (2557) หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด:ศึกษาหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.parliament.go.th> (2562,มิถุนายน).
สถิติคดีปกครองของศาลปกครอง เข้าถึงได้จาก <http://www.admincourt.go.th> (2562, มิถุนายน)

เอกสารต่างประเทศ

หนังสือ

Jean Rivero et Jean Waline, Drorit administratif, 16 edition, Paris:Dalloz, 1996

James Gordley, les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et gum delectus, revue corrigee et augmentee, Paris 1777 Delalain libraire p.115.

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature

Maillot, Jean-Marc, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Paris : Dalloz, 2003, 766 p. ISBN 2-247-05197-9

กฎหมาย

Code civil

Code de marches publics

Code de la santé publique

Code général de la propriété des personnes publiques

Code général des collectivités territoriales 2 janvier 2020.

Code rural et de la pêche maritime au 11 janvier 2020.

La loi du 28 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

La loi du 28 pluviôse an VIII , 17 FEVRIER 1800

La loi fixe les règles concernant du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Le Conseil Constitutionnel de la Francaise

Le Constitution de la republique Francaise du 4 octobre 1958.

Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics

Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

หนังสือ

Carre.(1882) Les lois civiles dans leur ordre naturel,Oeuvres de J.Domat.Tome III.

GAJA (Grands arrêts de la jurisprudence administrative)(2013) n° 67 de droit administrative,coll.Domat,Montchrestien.

Laurence Gay, (2007) Les droits-créances constitutionnels, Paris: Bruylant,

Marion UBAUD-BERGERON, (2017) Droit des contrats administratifs, Lexisnexis.

Hartmut Maurer, Staatsrecht I,3. Auflage.

J.F O’Cornor,(1991) Good Faith in international law Paris: Aldershot:Dartmouth Publishing Company.

วารสาร

B. Jean-neau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative ,Revue internationale de droit comparé Année 1956 8-1 p. 172-17

Christain Heinrich,Formale Freiheit und material Gerechtigkeit(Tubingen:Mohr Siebeck.2000),p.399.

Christain Neuerburg,Die gesetzliche Regelung der positive Vertragsverletzung (Munche:Grin Verlag,2003,p.13.

Jean-Pierre Gridel , La personne morale en droit français, Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. p.495-512

Daneil E. Toomey, William B. Fisher and Laurie F. Curry. (1990) from Good Faith Dealing : The well-Night Irrefragable Need for a New Standard in Public Contract Law, .Public Contrat Law Journal.Vo,l.20 No1. p.87-125)

ฐานข้อมูลออนไลน์ต่างประเทศ

Francois Campagnola. (2016) Bonne foi et loyauté en droit des contrats. 16 septembre. From <https://www.village-justice.com>

RGZ 161,330(Online), September 2013. Available from: [http:// www.dejure.org](http://www.dejure.org)

RGZ 131,274(Online), September 2013. Available from: [http:// www.dejure.org](http://www.dejure.org)

Jean DOMAT. (1772), Les lois civiles dans leur ordre naturel. from

<https://en.wikipedia.org> (june 2019)

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ-สกุล	นิรัชรา พงศ์อาจารย์
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ Master de Recherche en droit public général (D.E.A) สาขา กฎหมายมหาชน, Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III , France ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส
ที่ทำงาน	อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 110/1-4 ถนนประชาชื่น เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ E-mail : niratchara.won@dpu.ac.th
วิชารับผิดชอบสอน	หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น / กฎหมายปกครอง/ สัญญาทางปกครอง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง/ กฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน / กฎหมายพรรคการเมืองและการเลือกตั้ง/ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ/ กฎหมายธุรกิจ
ผลงานทางวิชาการ	งานวิจัย <ul style="list-style-type: none">- วิจัยโครงการติดตามประเมินผลและพัฒนารูปแบบและแนวทางการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล พ.ศ.2551 (งานวิจัยร่วม ได้รับทุนการสนับสนุนจากสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม)- วิจัยโครงการติดตามประเมินผล และพัฒนารูปแบบ และแนวทางการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล พ.ศ.2552 (งานวิจัยร่วม ได้รับทุนการสนับสนุนจากสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม)- วิจัยโครงการศึกษาวิจัยเพื่อพัฒนาระบบการไต่สวนมูลฟ้องในคดีอาญาพ.ศ. 2553 (งานวิจัยร่วม ได้รับทุนการสนับสนุนจากสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม)

- วิทยาลัยอาชีวศึกษาในการควบคุมตัวบุคคลตามกฎหมายลักษณะพิเศษ พ.ศ. 2554 (งานวิจัยร่วม ได้รับทุนการสนับสนุนจากสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม)

บทความวิชาการ

- “ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย” พิมพ์ในวารสาร ผู้ตรวจการแผ่นดิน ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม พ.ศ. 2562