

การนำหลักสูตรมาใช้ในสัญญาทางปกครอง

นราวุฒิ ชูสุวรรณ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

The Application of Good Faith in Public Contract

Narawut Thuleewan

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง
ชื่อผู้เขียน	นราวุฒิ ชูลีวรรณ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีมุ่งศึกษาถึงความหมาย ความเป็นมา รวมถึงลักษณะและบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริต เพื่อชี้ให้เห็นว่าเราจะสามารถนำหลักสุจริตใช้กับสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ หากนำมาใช้จะสามารถใช้ได้มากน้อยและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขหรือขอบเขตเช่นไร เนื่องจากหลักสุจริตนั้นมีความเป็นนามธรรมสูง มีลักษณะของความหมายที่กว้าง ไม่ชัดเจน เป็นสิ่งที่ซ่อนและต้องค้นหาภายในจิตใจที่แตกต่างกันไปของแต่ละบุคคล หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปที่นำมาปรับใช้ได้ ในสัญญาทางแพ่ง โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต และมาตรา 368 บัญญัติว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

สัญญาทางปกครองเปรียบเสมือนเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายเพื่อให้การดำเนินกิจการทางมหาชนของตนบรรลุผล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ ซึ่งจะต่างจากสัญญาทางแพ่งที่การเข้าผูกนิติสัมพันธ์กันเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการเฉพาะเท่านั้น วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งจึงมีความแตกต่างกันอยู่หลายประการ นอกจากนี้ ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญาทางปกครองยังปรากฏอำนาจพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง โดยข้อกำหนดหรือเงื่อนไขดังกล่าวแสดงถึงอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง เรียกว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง อาทิเช่น อำนาจในการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้ฝ่ายเดียว รวมถึงอำนาจในการยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า หลักสุจริตมีความเป็นนามธรรมยากที่จะเข้าใจความหมาย และบทบาทหน้าที่ของการนำมาใช้ได้อย่างชัดเจน ประกอบกับในสัญญาทางปกครองก็มีลักษณะที่แตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งต้องให้ความสำคัญกับการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ ดังนั้น การชี้แจงนำหนักถึงความสำคัญของหลักสุจริตกับความจำเป็นและต่อเนื่อง

ของการบริการสาธารณะว่าหลักใดมีความสำคัญแก่กันจึงเป็นที่มาของการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อีกทั้ง ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังศึกษาถึงการควบคุมการใช้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองว่าหลักสุจริตจะมีบทบาทและสามารถนำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองพบว่า ศาลปกครองได้หลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายคดี แต่ยังไม่ถึงกับชัดเจน เป็นรูปธรรมมากนัก แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะมีลักษณะคล้ายหรือใกล้เคียงกันก็ตาม

จากเหตุผลดังกล่าว จึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการศึกษาถึงความหมาย ลักษณะ รวมถึงบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตว่าสามารถนำมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองได้มากน้อยหรือไม่เพียงใด อย่างด่งแท้ และเมื่อเข้าใจหลักสุจริตอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมแล้วก็จะสามารถนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นได้ เพื่อเป็นบรรทัดฐานให้กับคู่สัญญาหรือเพื่อเป็นแนวทางสำหรับการวินิจฉัยคดีของศาลต่อไป

Thesis Title	The Application of Good Faith in Public Contract
Author	Narawut Thuleewan
Thesis Advisor	Professor Dr. Phaisith Phipatanakul
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study the definition, history, characteristic and function of the principle of good faith in order to clarify whether we can apply this principle with the public contract. Also, it is the study on the condition and limitation of the application of such principle since the principle of good faith is extremely abstract, vague and implied by different point of view of each person. Theoretically, the good faith is a general principle of law usually applied with the civil contract which can be traced in several sections of The Civil and Commercial Code i.e. Section 5 provides that every person must, in the exercise of his rights and in the performance of his obligations, acts in good faith ; Section 6 provides that every person is presumed to be acting in good faith ; Section 368 provides that contracts shall be interpreted according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration.

The public contract could be compared to a tool of administration that is used to establish juristic relation in order to accomplish the public service with the aim of public interest as the first priority. Hence, it is different from the concept of civil contract of which the establishment of juristic relation is only for the sake of personal interest of any person. The objective of public and civil contracts is different in many aspects. Moreover, the terms and conditions specified in any public contract reveal some special authorities of the administration which cannot be found in the civil contract. Such special authority is known as the prerogative of the administration such as the authority to control the execution of a contract, the authority to solely revise a contract including the authority to solely terminate a contract, etc.

The result of this study demonstrates that the good faith is such an abstract legal principle that it's difficult to clearly understand its definition and applied function. Having regard to the aspect of public contract, different from civil contract, that emphasizes on public service

and public interest, hence, this thesis is motivated by the intention to search for the balance between good faith and other principles of public law especially the necessity and continuity of public service. In addition, the study in this thesis also covers the control of the prerogative of administration by searching for the functional role of good faith that could be applicable to such control. By studying the judgments of the Administrative Court relating to the dispute on public contract, it is found that the court has applied the principle of good faith in several cases but with an inapparent manner although the facts in such cases seem to be similar.

Therefore, considering on all the reasons abovementioned, it is recommended that the profound study on the definition characteristic and function of the principle of good faith whether and to what extent it could be applied with the public contract should be continued. The clear and concretized understanding of the principle of good faith would bring to the fair and proper application of such principle of the dispute on public contract and would also be the guideline for the contractual parties as well as the standard for the court judgments.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้ หากไม่ได้รับความเมตตาจากศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษา ตลอดจนคณะกรรมการทุกท่านที่ให้ความรู้ คำแนะ เพื่อให้ผู้เขียนได้แก้ไขปรับปรุงการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณครอบครัววุฒิวรรณ คุณพ่อ คุณแม่ ที่คอยให้กำลังใจยามที่ท้อแท้ถอดใจ ตลอดจนนางอโนมา วุฒิวรรณ ภรรยาที่รักที่เป็นกำลังใจ และเสียสละเวลาในการเลี้ยงดูบุตรในยาม ที่ผู้ศึกษาต้องใช้เวลาในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงพี่ๆ น้องๆ นิติศาสตรมหาชน รุ่นปี 2553 ที่ช่วยเหลือ เป็นให้กำลังใจให้กันและกัน ตลอดจนมิตรสหายทุกท่านสำหรับความช่วยเหลือ ด้านข้อมูลวิชาการ คำแนะนำในเรื่องรูปแบบการเขียนวิทยานิพนธ์ การแปลบทความภาษา ต่างประเทศ รวมถึงงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

บทสรุป ข้อเสนอแนะที่ได้จากการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อาจมิใช่คำตอบสุดท้าย สำหรับการแก้ไขปัญหาที่มีการนำเสนอ แต่อาจเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้ที่สนใจเพื่อศึกษาหาความรู้ เพิ่มเติม และอาจค้นพบแนวทางการแก้ไขปัญหาที่อาจแตกต่างออกไปจากข้อเสนอที่ผู้ศึกษา นำเสนอก็ได้ ซึ่งผู้ศึกษาหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อาจให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สนใจไม่มากนักน้อย หากมีข้อผิดพลาดประการใดกราบขออภัยมาใน ณ ที่นี้ด้วย

นราวุฒิ วุฒิวรรณ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวคิด ทฤษฎีของหลักสุจริต.....	7
2.1 แนวคิด และทฤษฎีของสุจริต.....	7
2.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหลักสุจริต.....	14
2.3 ความหมายและลักษณะของหลักสุจริต.....	23
2.4 บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริต.....	31
3. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	35
3.1 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	35
3.2 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	40
3.3 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	50
3.4 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.....	56
4. การนำหลักสุจริตมาใช้ในต่างประเทศและประเทศไทย.....	64
4.1 หลักสุจริตในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	64
4.2 หลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	67
4.3 หลักสุจริตในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา.....	71
4.4 หลักสุจริตในระบบกฎหมายไทย.....	77

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5. วิเคราะห์ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้ในคดีสัญญาทางปกครอง.....	92
5.1 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้กรณีการใช้เอกสิทธิ์ ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและแนวทางการแก้ไข.....	94
5.2 ปัญหาความเป็นนามธรรม ขอบเขตความหมายที่กว้าง และไม่ชัดเจนของหลักสุจริตกับการนำมาใช้วินิจฉัย คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและแนวทางการแก้ไข.....	98
5.3 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้ตีความสัญญาทางปกครอง และแนวทางการแก้ไข.....	104
6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	108
6.1 บทสรุป.....	108
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	111
บรรณานุกรม.....	115
ประวัติผู้เขียน.....	119

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ตรงกับศัพท์ภาษาละตินว่า “Bona Fides” ในภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Treu und Glauben” ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Good Faith” มีความหมายที่พอจะแปลเป็นไทยได้ว่า หลักความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจ¹ คำว่าสุจริตเป็นคำที่มีความหมายกว้าง เป็นนามธรรม และไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนลงไปให้ชัดเจนได้ คำว่าสุจริตนี้ได้แทรกและปรากฏอยู่ในตัวบทบัญญัติของกฎหมายมากมาย โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จนกลายเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญที่เรียกว่า “หลักสุจริต” ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก Black’s law Dictionary (18 th Edition) แล้วจะพบว่ามีกรอธิบายคำว่าสุจริต (Good Faith) ไว้ว่าหมายถึง สภาพทางจิตใจ อันประกอบด้วย (1) ความซื่อสัตย์ในความเชื่อถือหรือวัตถุประสงค์ (2) ความซื่อตรงต่อหน้าที่หรือหน้าที่ของตน (3) ความสอดคล้องกับมาตรฐานทางการค้าหรือธุรกิจใดๆ อันชอบด้วยเหตุผลในการต่อรองกันอย่างเป็นธรรม และ (4) การไร้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ หรือแม้แต่ในศาสนาเองก็มีความพยายามอธิบายหลักสุจริตเช่นกัน เช่น ศาสนาอิสลาม ได้อธิบายถึงหลักสุจริตว่า “สุจริตธรรม” หมายถึง ความประพฤติชอบ สุจริตใจ หมายถึง การมีจิตใจที่บริสุทธิ์ มีความจริงใจต่อการกระทำโดยไม่ปรารถนาต่อสิ่งใด ไม่ว่าจะเป็ คำชมเชยหรือสิ่งตอบแทน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการให้คำนิยามสำหรับหลักสุจริตไม่ว่าจะในทางกฎหมายหรือทางธรรมก็มีลักษณะไม่ต่างกัน²

หลักสุจริตมีพัฒนาจากการควบคุมการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ให้อยู่ในสังคมอย่างสงบสุข โดยนำหลักความเชื่อและศรัทธาในศาสนามาเป็นตัวควบคุม เหตุที่ต้องนำความเชื่อและศรัทธาในศาสนา มาควบคุมก็เนื่องจากมนุษย์เริ่มปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนจากเพียงการดำรงไว้ซึ่งความอยู่รอด เป็นฝ่าฝืนความไว้วางใจซึ่งกันและกัน การควบคุมโดยนำความเชื่อและศรัทธาในศาสนา มาใช้ ก็เพื่อป้องกันมิให้มนุษย์มีพฤติกรรมดังกล่าว เพราะเมื่อใดที่มนุษย์ได้เชื่อในสิ่งที่

¹ จาก หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ. อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526, (ม.ป.ป.).

² จาก หลักสุจริต, โดย กมล ตันจินวัฒนกุล. (2555, พฤษภาคม-สิงหาคม). วารสารกระบวนยุติธรรม, 5, 2, น. 81-82.

ตนเองศรัทธาแล้วจะไม่กล้าฝ่าฝืนกระทำตามผิด เพราะเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษ ต่อมาแนวคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตมีบทบาทและพัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายโรมันในเรื่องการรักษาคำพูด เมื่อบุคคลใดผิดคำพูดไม่รักษาสัจจะที่ให้ไว้ต่อกัน บุคคลผู้นั้นจะถูกลงโทษทางสังคม ซึ่งแม้จะไม่ผิดกฎหมายแต่ก็ถือเป็นมลทินในสังคม บทลงโทษจึงเกิดจากวัดจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้คนในสังคมมากกว่าการลงโทษตามกฎหมายดังเช่นปัจจุบัน³

หลักสุจริตหรือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1900 และในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ในปี ค.ศ. 1907 ส่วนประเทศไทยมีการนำเอาหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 368 โดยมาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิของตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” มาตรา 6 บัญญัติว่า “ท่านว่าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต” และในมาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญาอันท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” ทั้งนี้ หลักสุจริตเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในการกระทำต่างๆ ว่าได้กระทำไปภายในกรอบที่กฎหมายจะสนับสนุนหรือประนามหรือไม่ เครื่องมือวัดดังกล่าวในภาษาเยอรมันเรียกว่าข้อความที่มีเนื้อความไม่ขัดแย้ง ส่วนในทางนิติศาสตร์เรียกว่าบทกฎหมายเพื่อความยุติธรรม ซึ่งการตีความจะต้องใช้วิจารณ์ญาณและดุลพินิจวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง รวมถึงต้องชั่งน้ำหนักให้ถ่วงแท้เสียก่อนว่ามีความหมายเช่นไร โดยให้เหมาะสมกับเรื่องที่กำลังจะพิจารณานั้นๆ มาตรา 5 ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสอย่างชัดเจน ปัจจุบันมีความเห็นในวงการนิติศาสตร์ว่าหลักสุจริตหรือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจมิได้ใช้กับกฎหมายเอกชนแต่เพียงอย่างเดียว แต่สามารถนำมาใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนงไม่ว่ากฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม⁴

ในคำพิพากษาของศาลเยอรมันได้ยอมรับว่าหลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งมีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำมาบังคับใช้ได้กับกฎหมายมหาชนรวมทั้งการนำมาใช้นั้นไม่ไปขัดหรือแย้งกับลักษณะพิเศษของความสัมพันธ์ในทางมหาชน ศาลปกครองชั้นสูงเมือง

³ จาก การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, โดย วรรณรี สิงโต, 2553, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ 27 ตอนที่ 2. น. 88.

⁴ จาก *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (น. 148-149), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵ RGZ. (1926, 30 April). vom. 113, 81 (อ้างถึงใน เอกสารคำบรรยายของ วรรณรี สิงโต เรื่อง การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบเยอรมัน. น. 4).

Münster ได้วินิจฉัยว่า ความเชื่อของประชาชนที่มีต่อฝ่ายรัฐย่อมไม่อาจถูกกระทบกระเทือนหรือไม่ไว้วางใจ หากได้นำหลักสุจริตมาใช้ควบคุมมาตรการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชน⁶ จากคำพิพากษาดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าหลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายในการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของประชาชน และแม้ว่าหลักสุจริตจะถูกพัฒนาขึ้นในกฎหมายแพ่ง แต่ก็สมควรนำหลักกฎหมายมาใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนซึ่งเป็นกรอบของกฎหมายมหาชนด้วย⁷ ตัวอย่างคดีที่มีการนำหลักสุจริตมาใช้กับกฎหมายมหาชนของไทย เป็นคดีที่พิพาทกันก่อนการตั้งศาลปกครองขึ้น ซึ่งคดีปกครองในสมัยนั้นถือเป็นคดีแพ่งชนิดหนึ่งที่ต้องขึ้นศาลแพ่ง คดีมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ที่ดินที่โจทก์จะปลูกสร้างอาคารแต่เดิมอยู่ติดซอย ซึ่งการปลูกสร้างอาคารบนที่ดินนั้นต้องอยู่ในบังคับเทศบัญญัติของเทศบาลนครกรุงเทพ ประกาศกรุงเทพมหานคร และกฎกระทรวง เป็นผลให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่อาจออกใบอนุญาตให้โจทก์ปลูกสร้างอาคารตามที่ขอได้ การที่โจทก์แบ่งแยกที่ดินนั้นออกเป็น 2 โฉนดแล้วขออนุญาตปลูกสร้างอาคารบนที่ดินตามโฉนดที่แบ่งแยกมา ส่วนโฉนดที่ดินเดิมโอนให้บุคคลอื่นเพื่อให้มีรอยตะเข็บกันไม่ให้ที่ดินตามโฉนดที่แบ่งแยกมีอาณาเขตติดซอย ศาลฎีกาตัดสินว่าโจทก์มีเจตนาจะหลีกเลี่ยงกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายและไม่คำนึงถึงความเสียหายของผู้อื่น จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ไม่อาจอ้างความเสียหายที่ได้รับจากกรณีดังกล่าวมาเรียกชดเชยทางละเมิดได้ ยกฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 656/2539) นอกจากนี้กรณีก่อนการเข้ารับหน้าที่ของรัฐมนตรีจะต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์โดยคำนึงถึงความซื่อสัตย์สุจริตด้วย⁸ และหลักสุจริตยังได้ปรากฏในมาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในเรื่องหลักคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองอีกด้วย โดยบัญญัติไว้ว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่

⁶ OVG Münster. (1925). In *DVB1* S. 508 (อ้างถึงใน เอกสารคำบรรยายของ วรนารี สิงโต เรื่อง การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบเยอรมัน. น. 4).

⁷ Münchener Kommentar. § 242 BGB. Rn. 93 (อ้างถึงใน เอกสารคำบรรยายของ วรนารี สิงโต เรื่อง การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบเยอรมัน. น. 4).

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 175 ก่อนเข้ารับหน้าที่ รัฐมนตรีต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพระพุทธเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอถวายสัตย์ปฏิญาณว่า ข้าพระพุทธเจ้าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบกันด้วยเสมอ

สัญญาทางปกครองถูกกำหนดขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมายตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การโต้แย้งหรือมีข้อพิพาทกันตามสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในส่วนสารบัญญัติเพื่อใช้พิจารณาคดีเกี่ยวกับหลักสุจริตในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงต้องนำหลักสุจริตที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์มาใช้เท่าที่จำเป็นและไม่ขัดกับหลักกฎหมายมหาชน เช่น การพิจารณาคดีกรณีผิดสัญญาทางปกครอง การบอกเลิกสัญญาทางปกครอง การผิดนัด การแจ้งเตือน การคำนวณเบี้ยปรับและดอกเบี้ย เป็นต้น และโดยที่สัญญาปกครองเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนมีลักษณะแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง เพราะมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อประโยชน์ของการบริการสาธารณะ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจพิเศษที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลายประการ อาทิเช่น ฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา สามารถใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนด รวมถึงยกเลิกสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากเกิดปัญหาหรือมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชนในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่สามารถนำข้อกำหนดหรือข้อบังคับในสัญญา รวมถึงตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่มาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองนั้นได้ มีปัญหาว่าหลักสุจริตจะเข้ามามีบทบาทเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ และศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หากเกิดข้อพิพาทดังกล่าวและไม่สามารถนำหลักกฎหมายใดมาพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น จะสามารถนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ และมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งปัจจุบันจากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะเป็นในศาลปกครองชั้นต้นหรือ

ศาลปกครองสูงสุด พบว่ามีการวินิจฉัยโดยนำหลักสุจริตมาใช้ในบางคดี แต่ในคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงใกล้เคียงและตัดสินใจไปในแนวทางเดียวกันกลับไม่มีการกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตในการวินิจฉัยคดีเลย ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่าหลักสุจริตมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป เป็นนามธรรม มีความหมายกว้าง ไม่ชัดเจน หรืออาจเป็นเรื่องที่ต้องค้นหาเจตนาที่ซ่อนอยู่ภายในจิตใจ หรือเป็นเรื่องที่ทุกคนรู้อยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องยกขึ้นกล่าวอ้าง จึงทำให้แนวทางการนำหลักสุจริตมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองยังไม่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม อีกทั้ง เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ก็ยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นอย่างชัดเจนเช่นกัน ดังนั้น จากความสำคัญของปัญหาดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงสนใจที่เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้น เพื่อศึกษาแนวทางการนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง เพื่อที่จะได้รวบรวมเป็นข้อเสนอแนะและเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง อันได้แก่ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และเพื่อเป็นแนวทางหรือบรรทัดฐานที่ชัดเจนในห้องศาลตุลาการสามารถนำหลักสุจริตมาประยุกต์หรือนำมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎี และความหมายของหลักสุจริตและสัญญาทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตและสัญญาทางปกครอง
3. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครอง
4. เพื่อศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
5. เพื่อศึกษาสภาพปัญหาที่ได้จากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองและการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
6. เพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองและจากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้อย่างเหมาะสม

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ผู้ศึกษาจะศึกษาภายในขอบเขตของเรื่องการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครอง โดยศึกษาถึงความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎี ความหมายของหลักสุจริตและสัญญาทางปกครอง ทั้งของต่างประเทศและไทย จากนั้นจะศึกษาถึงแนวทางการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครอง โดยมุ่งเน้นศึกษาจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศและไทย โดยเน้นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยเป็นหลัก เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาของการนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครองและคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพื่อเสนอเป็นแนวทางในการแก้ไขต่อไป

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาโดยใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลซึ่งเป็นลักษณะของการวิจัยจากเอกสาร โดยศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลปกครองต่างประเทศและไทย หนังสือ บทความจากวารสารทางกฎหมาย รายงานการศึกษารววิจัย วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องและเอกสารทางวิชาการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องที่ปรากฏอยู่ในรูปสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบและเข้าใจในความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎี และความหมายของหลักสุจริตและสัญญาทางปกครอง
2. ทราบถึงบทบาทและหน้าที่ของหลักสุจริตและสัญญาทางปกครอง
3. ทราบถึงหลักเกณฑ์การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครอง
4. ทราบถึงแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
5. ทราบถึงสภาพปัญหาที่ได้จากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองและจากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
6. ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองและจากการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีของหลักรัฐ

คำว่า รัฐ เป็นคำที่คุ้นเคยและคุ้นหูกันดีในสังคมมาอย่างยาวนาน เป็นคำที่มีลักษณะไม่ชัดเจนในความหมาย มีความหมายที่กว้างขวาง และเป็นนามธรรม เป็นเรื่องที่ต้องค้นหาเข้าไปในจิตใจของแต่ละคน ทั้งนี้ ไม่ปรากฏว่าที่มาของคำว่ารัฐมีที่มาจากอย่างไร การศึกษาเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักรัฐจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงต้นกำเนิดของแนวคิด ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ลักษณะ ตลอดจนบทบาทหน้าที่ของหลักรัฐ เพื่อที่จะได้เข้าใจหลักรัฐได้อย่างถ่องแท้และชัดเจนยิ่งขึ้น

2.1 แนวคิด และทฤษฎีของหลักรัฐ

เป็นที่ยอมรับกันว่าแนวคิดในเรื่องหลักรัฐมีมานานแล้วนับตั้งแต่มีการก่อเกิดและรวมตัวกันขึ้นเป็นสังคมมนุษย์ โดยในระยะแรกบรรทัดฐานทางศีลธรรมกับบรรทัดฐานทางกฎหมายไม่มีความแตกต่างกัน กฎหมายในยุคนี้ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากการนับถือหรือมีความเชื่อในเรื่องเทพเจ้า หลักรัฐเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นจากการยอมรับว่าต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้ โดยหลักรัฐจะเข้ามามีบทบาทและรองรับความต้องการการกฎเกณฑ์เช่นว่านั้น หลักรัฐมีวิวัฒนาการเพื่อใช้เยียวยาสังคม เนื่องจากในระยะแรกเริ่มของสังคมมนุษย์ มนุษย์ต้องการการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุขและเรียบร้อย แต่เมื่อใดก็ตามหากเกิดปัญหาความแตกแยกหรือความขัดแย้งกันขึ้นในสังคม หลักรัฐจะเข้ามามีบทบาทเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ให้มนุษย์อยู่ร่วมกันได้ด้วยความสงบสุขโดยผ่านแนวคิดและความเชื่อในศาสนา จากแนวความคิดดังกล่าว สมาชิกในสังคมจึงถูกคาดหวังหรือถูกไว้วางใจว่าจะต้องปฏิบัติต่อผู้อื่นเหมือนดังเช่นที่ตนปฏิบัติต่อตนเอง โดยจะกำหนดให้มีการปฏิบัติตามความผูกพันต่างๆ ให้ถูกต้องและสมควร แนวคิดความคาดหวังหรือความไว้วางใจว่าจะต้องปฏิบัติต่อผู้อื่นเหมือนดังเช่นที่ตนปฏิบัติต่อตนเองนั้น มีบทบาทสำคัญในสังคมตั้งแต่มีการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์ และทุกคนต่างก็ยอมรับกับแนวคิดเช่นว่านี้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้สังคมมีความสงบสุข ดังนั้น หลักรัฐในยุคแรกจึงมีบทบาทเพื่อควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาให้ตรงตามจุดมุ่งหมายของกลุ่มสัญญา และมีความหมายเพียงว่าคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้องตามที่ได้ให้ไว้แก่คู่สัญญา อันเป็นไปตาม

หลักสัญญาจำต้องได้รับการปฏิบัติและเคารพจากคู่สัญญานั้นเอง¹ โดยแนวคิดของหลักสุจริตเกิดขึ้นได้จากสิ่งต่อไปนี้

2.1.1 แนวคิดที่เกิดจากศาสนา ความเชื่อ ความศรัทธา

เมื่อสังคมมนุษย์ขยายตัวเป็นสังคมเมืองหรือเป็นอาณาจักร การควบคุมสังคมก็มีความสลับซับซ้อนยิ่งขึ้น ศาสนา ความเชื่อ และความศรัทธาในสิ่งศักดิ์สิทธิ์จึงเข้ามามีบทบาทที่สำคัญมากขึ้น กล่าวคือ เมื่อมนุษย์เริ่มไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนเพื่อให้สังคมอยู่รอด หรือมนุษย์เริ่มฝ่าฝืนความไว้วางใจต่อกัน ศาสนา ความเชื่อ ความศรัทธาในสิ่งศักดิ์สิทธิ์จะถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมและป้องปรามพฤติกรรมเช่นนั้น เหตุที่ศาสนา ความเชื่อ ความศรัทธาเข้ามาป้องปรามพฤติกรรมดังกล่าวเนื่องจากเมื่อมนุษย์ได้ให้คำสาบานหรืออ้อนวอนต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ตนมีความเชื่อหรือที่ตนศรัทธา มนุษย์จะไม่กล้าทำในสิ่งที่ต้องผิดคำพูดหรือคำสาบาน เนื่องจากเกรงกลัวต่อบทลงโทษ จึงกล่าวได้ว่าในเวลาเฝ้าศาสนา ความเชื่อ และความศรัทธาได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการดำรงอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ และเมื่อเวลาผ่านไป มนุษย์เลิกเกรงกลัวต่อสิ่งที่อยู่เหนือธรรมชาติ ความเชื่อ ความศรัทธาดังกล่าวก็ขยายตัวและมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนให้มีการพัฒนาจนกลายเป็นหลักสุจริตในที่สุด²

2.1.2 แนวคิดที่เกิดจากกฎหมายธรรมชาติ

มนุษย์เฝ้าค้นหาความยุติธรรมมาทุกยุคทุกสมัย โดยพยายามหาคำตอบของปัญหาที่ว่าความยุติธรรมคืออะไรกันแน่ เมื่อปรากฏว่าสังคมและกฎหมายอยู่ในสภาพที่ไม่พึงปรารถนา ปัญหาเดียวที่มนุษย์ยังไม่ได้รับคำตอบที่แน่นอนและเป็นปัญหาที่มนุษย์พยายามแสวงหาคำตอบมาจนถึงทุกวันนี้ โดยมนุษย์เชื่อว่านอกจากกฎเกณฑ์ความประพฤติที่มีอยู่แล้ว มนุษย์ยังเรียกร้องแสวงหาสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่เรียกว่า ความยุติธรรม ในฐานะที่เป็นสิ่งอันพึงปรารถนาอย่างยิ่ง และอยู่เหนือกว่ากฎหมายบ้านเมืองที่เป็นอยู่ ทั้งนี้กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่แท้จริง กฎเกณฑ์ต่างๆ มีระเบียบอยู่โดยธรรมชาติของมันเอง ไม่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของบุคคล มนุษย์เพียงแต่ใช้สติปัญญาไปค้นพบเท่านั้น³

¹ จาก *การใช้สิทธิโดยสุจริต* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 7-8), โดย สุจิต ปัญญาพฤกษ์, 2541, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

² J.F O'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. pp. 8-9 (อ้างถึงใน การวิริ์ กษิตินนท์. (2550). *การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 6-7), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³ จาก *นิติปรัชญาเบื้องต้น* (น. 73-74), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ผู้ศึกษาเห็นว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นมีบทบาทสำคัญต่อแนวคิดในเรื่องหลักสุจริต เนื่องจากความยุติธรรมเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนทุกสมัยไม่ว่าจะในอดีตหรือในปัจจุบันต่างก็แสวงหา และต้องการค้นหาคำตอบว่าแท้จริงแล้วความยุติธรรมคืออะไรกันแน่

อริสโตเติล เห็นว่า มนุษย์ต้องการการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม เพราะเมื่อใดที่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม มนุษย์จะมีชีวิตที่สอดคล้องกับธรรมชาติของตนได้มากที่สุด ซึ่งการอยู่ร่วมกันต้องใช้หลักเหตุผลในการดำเนินชีวิต การมีชีวิตร่วมกันในรัฐย่อมจะทำให้มนุษย์มีชีวิตอย่างสมบูรณ์ได้มากที่สุด การปกครองโดยใช้เหตุผลก็คือการปกครองโดยใช้กฎหมาย แต่การปกครองโดยใช้แต่หลักกฎหมายบางเรื่องอาจไม่เป็นธรรม และอาจมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะได้ ดังนั้น หากนำกฎหมายมาใช้และเกิดมีปัญหาความไม่เป็นธรรม ตัวกฎหมายย่อมควรเห็นชอบที่จะให้มีการนำเอาหลักความเป็นธรรมมาปรับใช้เพื่อทำให้กฎหมายนั้นชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้ ความเห็นของอริสโตเติลดังกล่าวเปรียบได้กับการชี้ช่องให้นำหลักเหตุผลเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้ยึดหยุ่นเป็นธรรมแก่กรณีเฉพาะเรื่องนั่นเองซึ่งการที่ยึดถือหลักเหตุผลและยอมให้นำหลักดังกล่าวมาปรับปรุงแต่งกฎหมายถือเป็นปัจจัยที่สำคัญของการเกิดขึ้นของวิชานิติศาสตร์ในสมัยต่อมา โดยวิชานิติศาสตร์ที่เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยโรมันนั้นต้องอาศัยพื้นฐาน 2 ประการ ประการแรก คือ การยึดถือกฎหมายเป็นหลักในการพิจารณา อีกประการหนึ่ง คือ การยอมรับว่าการใช้กฎหมายจะต้องใช้ให้สอดคล้องกับความเป็นธรรมในแต่ละเรื่องด้วย⁴ ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักสุจริตได้เข้ามามีบทบาทที่สำคัญทำให้ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีสามารถนำหลักดังกล่าวปรับใช้กับกรณีปัญหาเฉพาะเรื่องนั้นๆ ได้

อริสโตเติล แบ่งความยุติธรรมเป็น 2 ประเภท คือ ความยุติธรรมทั่วไปกับความยุติธรรมเฉพาะเรื่อง ความยุติธรรมทั่วไป แบ่งออกเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติกับความยุติธรรมที่มนุษย์สมมติขึ้น ความยุติธรรมตามธรรมชาติ หมายถึง ความยุติธรรมที่เป็นสากลและดำรงอยู่ด้วยตัวของมันเอง เช่น การฆ่า การทำร้าย การลักทรัพย์ ส่วนความยุติธรรมที่มนุษย์สมมติขึ้น เป็นความยุติธรรมที่มนุษย์ร่วมกันกำหนดเป็นมาตรการขึ้นเองเพื่อชี้ผิดชี้ถูกในเรื่องที่ไม่มีถูกไม่มีผิดนั้น เช่น การกำหนดให้รถวิ่งชิดซ้ายหรือชิดขวา ซึ่งไม่ใช่เรื่องถูกผิดตามธรรมชาติ แต่เป็นเรื่องที่สมมติขึ้นมา ส่วนความยุติธรรมเฉพาะเรื่อง แบ่งออกเป็น ความยุติธรรมในแง่แบ่งสรรปันส่วน และความยุติธรรมในแง่แลกเปลี่ยนทดแทน ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วนเป็นความสัมพันธ์ในเรื่องส่วนรวมหรือทางมหาชนในเรื่องอำนาจหน้าที่ในการบริการสาธารณะ โดยกำหนดให้บุคคลแต่ละคนจะมีสัดส่วนความเหมาะสมแก่คุณภาพของแต่ละบุคคล โดยทุกคนจะแตกต่างกันในแง่คุณธรรม เช่น ในการแต่งตั้งผู้เข้าดำรงตำแหน่งในทางราชการต้องคำนึงถึงการศึกษา ความสามารถ

⁴ จาก นิติปรัชญา (น. 120), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์ ก, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งนั้นๆ ประกอบ สำหรับความยุติธรรมในแง่แลกเปลี่ยนทดแทน เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน เช่น ในเรื่องค้าขาย แลกเปลี่ยนทั้งสองฝ่ายจะเสมอภาคเท่าเทียมกัน และไม่ต้องคำนึงหรือพิจารณาจากคุณสมบัติส่วนตัวใดๆ⁵

อย่างไรก็ดี จะต้องถือว่าความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นอยู่เหนือกว่าความยุติธรรมที่มนุษย์สมมติขึ้น และบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเปิดช่องหรือจะต้องมีช่องทางให้มีการนำหลักความเป็นธรรมเข้ามาปรับแต่งและเสริมสร้างกฎหมายในกรณีเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น โดยความยุติธรรมที่นำมาปรับแต่งดังกล่าวต้องสอดคล้องกับจารีตประเพณีหรือประเพณีปฏิบัติหลักสุจริตจึงก่อให้เกิดความยุติธรรม โดยมีลักษณะที่กว้างขวางและครอบคลุม ซึ่งการปกครองโดยกฎหมายนั้นบางเรื่องไม่อาจเกิดความเป็นธรรมได้ และเมื่อเกิดความไม่เป็นธรรม ตัวกฎหมายเองย่อมเห็นชอบให้มีการนำหลักสุจริตหรือหลักความเป็นธรรมมาปรับแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้ ซีเซโร ซึ่งเป็นนักปราชญ์ นักนิติศาสตร์ และรัฐบุรุษของโรมัน เห็นว่าหลักสุจริตเป็นพื้นฐานของความยุติธรรม⁶ และได้อธิบายถึงแนวคิดสำหรับกฎหมายธรรมชาติไว้ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่่าเสมอ เป็นนิรันดร์ เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำโดยคำนึงหรือห้ามไม่ให้กระทำความชั่ว โดยข้อห้ามเป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่จะไม่พยายามบัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ กฎหมายนี้ไม่อาจจะถูกตัดทอน แก้ไข หรือเพิกถอนเสียได้ อันที่จริงแล้วไม่ว่าจะเป็นวุฒิสภา หรือประชาชนก็ไม่มีอำนาจที่จะปลดปล่อยเราให้พ้นจากบังคับของกฎหมายนี้ และเราไม่จำเป็นต้องพึ่งบุคคลอื่นหรือสิ่งอื่นใดนอกจากตัวเราเองที่จะเป็นผู้อธิบายให้เห็นว่ากฎหมายนั้นคืออะไร หรือตีความว่ากฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมและเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์ เป็นอย่างหนึ่งในขณะนี้และเป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยอื่นๆ แต่ยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงเป็นนิรันดร์ และผูกพันบังคับทุกชาติทุกภาษาทุกยุคทุกสมัย” จากคำกล่าวดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นเรื่องของเหตุผล (กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง (True law is right reason)) ซึ่งถือเป็นเรื่องยืนยันว่ากฎหมายเป็นเรื่องของเหตุผลที่เป็นไปโดยธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป เป็นสิ่งที่มีอยู่ในทุกสิ่งทุกอย่างไม่ได้อยู่เหนือหรือแยกออกจากสิ่งใดๆ กฎหมายธรรมชาติผูกพันทุกๆ คนให้ต้องปฏิบัติตามและเป็นข้อห้ามมิให้คนทำชั่ว กฎหมายธรรมชาติมีหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์เป็นกฎหมายที่มีคุณค่าในตัวเหนือกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น แต่ซีเซโรก็ได้ยืนยันตรงๆ ว่ากฎหมายของบ้านเมือง

⁵ นิติปรัชญาเบื้องต้น (น. 83-84). เล่มเดิม

⁶ จาก กฎหมายแห่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแห่งและพหุสมัย มาตรา 4-14 (น. 67-68), โดย ประสิทธิ์ โภวิไลกุล, 2554, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ที่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติจะไม่มีผลบังคับเสียทีเดียว กฎหมายธรรมชาติเป็นสิ่งที่อยู่ในใจของมนุษย์ มนุษย์สามารถรู้ได้เอง ไม่ต้องไปศึกษาหรือสอบถามจากคนอื่น ๆ และกฎหมายธรรมชาติมีลักษณะที่เป็นสากล ผูกพัน ไม่เปลี่ยนแปลง⁷

ผู้ศึกษาเห็นว่า จากแนวคิดของซีเซโรในเรื่องกฎหมายธรรมชาติมีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงหลักสุจริตและความยุติธรรมเข้าด้วยกันได้ เพราะความยุติธรรมถือเป็นเจตจำนงอันแน่วแน่ที่คนทุกคนพึงสมควรจะได้รับ ส่วนความสุจริตเป็นรากฐานของความยุติธรรม เป็นความจริงใจ ความไว้นั้นเชื่อใจที่บุคคลนั้นมีให้แก่กันในข้อตกลง ซึ่งในสังคมใดจะมีความสงบเรียบร้อย สมาชิกในสังคมจะต้องยึดถือหลักคุณธรรม จริยธรรม และต้องมีความสุจริตใจให้แก่กัน

2.1.3 แนวคิดที่เกิดจากนักกฎหมายโรมัน

หลักสุจริตเป็นหลักแห่งความเป็นธรรมหรือความยุติธรรม นักกฎหมายโรมันได้พัฒนาหลักสุจริตโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเคร่งครัดได้มีความเป็นธรรมยืดหยุ่น สามารถนำไปปรับใช้กับสภาพสังคม เศรษฐกิจที่มีความเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาได้ โดยการพัฒนานักกฎหมายโรมันดังกล่าวได้พัฒนาหลักสุจริตให้เป็นหลักกฎหมายจริยธรรม ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ และทำให้หลักสุจริตเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาความแย้งกระด้าง แก้ไขความไม่ยุติธรรมของกฎหมาย แก้ไขข้อกำหนดในสัญญาที่เคร่งครัดและไม่เป็นธรรม รวมถึงแก้ไขในสิ่งที่คู่สัญญามีได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญา ส่งผลทำให้ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรมได้ การนำหลักสุจริตมาใช้กับดุลพินิจของผู้พิพากษาสิ่งที่ต้องคำนึงถึงก็คือการใช้หลักสุจริตต้องมีขอบเขตที่เหมาะสม เพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างสูงสุด และต้องไม่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ไม่นำมาใช้อย่างพร่ำเพรื่อจนไม่สามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจของตนได้ การนำหลักสุจริตมาใช้ต้องเป็นไปเพื่อแก้ปัญหาข้อสัญญาหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม อันเกิดจากความแย้งกระด้างหรือความเคร่งครัดของสัญญา ทั้งต้องใช้้อย่างรอบคอบในขอบเขตที่เหมาะสม ถูกต้อง ชอบธรรม ไม่นำมาใช้อย่างพร่ำเพรื่อ การนำมาใช้ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์เพื่อคลี่คลายความเคร่งครัด หรือความแย้งกระด้างของกฎหมายหรือสัญญา ต้องมีการให้เหตุผลอันมาจากจิตใจที่เป็นธรรม และต้องอธิบายเหตุผลนั้นได้อย่างมีตรรกะ เป็นที่ยอมรับของทุกๆ ฝ่าย โดยคุณสมบัติของผู้พิพากษาที่จะนำหลักสุจริตมาปรับใช้จะต้องเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ มีประสบการณ์ มีความรอบรู้ มีวิจารณญาณ สามารถวิเคราะห์ให้เห็นประเด็นปัญหาต่างๆ แล้วอธิบายให้เห็นปัญหาได้⁸

⁷ นิติปรัชญา ก (น. 125-127). เล่มเดิม.

⁸ กฎหมายแห่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 (น. 79-81). เล่มเดิม.

2.1.4 แนวคิดของหลักสุจริตในสมัยปัจจุบัน

ความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองเมื่อเข้าทำสัญญา ทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบ และเกิดสัญญารูปแบบใหม่ที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบขึ้น เรียกว่า สัญญาสำเร็จรูป สัญญาสำเร็จรูปเป็นสัญญาที่มีการร่างไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้า เพื่อให้ฝ่ายที่จะเข้ามาทำสัญญาต้องจำยอมต้องรับเอาสัญญานั้นไปเกือบทั้งหมด โดยฝ่ายตนไม่มีอำนาจในการต่อรอง ไม่สามารถปฏิเสธ หรือขอแก้ไขข้อสัญญาที่ตนเสียเปรียบนั้นได้ และเหลือทางเลือกว่าจะตกลงเข้าทำสัญญาหรือไม่เพียงเท่านั้น จากกรณีดังกล่าวศาลจึงต้องเอาหลักกฎหมายสารบัญญัติที่มีอยู่แล้วมาปรับใช้เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมในสัญญานั้น

หลักกฎหมายที่ศาลได้นำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรม⁹ ได้แก่

(1) หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11¹⁰ โดยบทบัญญัติดังกล่าว ศาลไทยมักนำหลักนี้มาใช้ในการตีความสัญญาประกันภัย ถ้าข้อกำหนดในสัญญาเป็นที่สงสัยจะต้องตีความที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เอาประกันภัย โดยผู้รับประกันภัยจะอ้างเอาเงื่อนไขของกรมธรรม์ ตลอดจนข้อยกเว้นความรับผิดชอบของกรมธรรม์มาปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาประกันภัยไม่ได้

(2) หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา การตีความการแสดงเจตนาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171¹¹ โดยมีหลักในการตีความ คือ จะต้องพิจารณาจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าจริงๆ แล้วคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงในการทำสัญญาต่อกันเช่นไร เมื่อตีความได้ถึงเจตนาที่แท้จริงดังกล่าวแล้วจึงนำมาพิจารณาเพื่อประกอบความสุจริตของคู่สัญญาและปกติประเพณีในการทำสัญญานั้นต่อไป¹²

⁹ จาก ทฤษฎีกฎหมายเอกชน: เอกสารประกอบการสอนหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม, โดย ฐิติพงศ์ โปษะบุตร, 2550 (อ้างถึงใน ก่อเกียรติ พิมพ์. (2550). *หลักสุจริตทางพาณิชย์* (สารนิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม. น. 6-7)

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 11 ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความเป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่าย ซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 171 ในการตีความการแสดงเจตนา ให้พึงเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำ ลำนวนหรือตัวอักษร

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 368 สัญญานั้นทำให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

(3) หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150¹³ บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาที่เอาไรด์เอาเปรียบกัน หรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลว่าสัญญานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยถึงขนาดให้สัญญาเป็นโมฆะได้

หลักสุจริตถือเป็นหลักที่ใช้บังคับในการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทางแพ่งโดยทั่วไป โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และมีความไว้วางใจต่อกัน นอกจากนี้ยังใช้เป็นหลักทั่วไปสำหรับผดุงความยุติธรรมที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติต่อกัน หรือใช้ในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิหรือปฏิบัติการชำระหนี้ของตนเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญามีได้แสดงไว้โดยละเอียด โดยให้ถือเอาความสุจริตนี้เป็นที่ตั้ง หรือเราอาจกล่าวได้ว่าหลักนี้มีที่มาจากหลักที่ว่า “บุคคลผู้มาศาล ต้องมาด้วยมือที่สะอาด” (He who comes to the court must come with clean hands) ซึ่งหมายความว่าเมื่อบุคคลจะใช้สิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาแล้ว บุคคลนั้นจะต้องใช้โดยสุจริต มิฉะนั้นศาลจะไม่รับรองหรือไม่รับบังคับให้¹⁴

หลักสุจริตในระบบกฎหมายไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5¹⁵ โดยได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 2¹⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสก็ได้รับแรงบันดาลใจมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242¹⁷ มาอีกต่อหนึ่ง จึงกล่าวได้ว่า หลักสุจริตของไทยมีแนวคิด และมีที่มาจากประวัติศาสตร์มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242 และประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 2 นั่นเอง¹⁸

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

¹⁴ จาก *หลักกฎหมายเอกชน LW 102* (น. 125), โดย ฉันทพงศ์ โปษะบุตร, 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 5 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส

มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บุคคลทุกคนต้องใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต วรรคสอง การใช้สิทธิไปในทางที่มีขอบข้อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

มาตรา 242 ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งนี้ โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

¹⁸ จาก *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ (Good Faith & Supervening Events)* ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย (น. 60), โดย กิตติศักดิ์ ปรกติ ก, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ผู้ศึกษาเห็นว่า ปัจจุบันหลักสุจริตนับว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการเยียวยาแก้ไข ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญา รวมถึงมีบทบาทที่สำคัญสำหรับการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับ สัญญา เราจึงจำเป็นต้องศึกษาหลักสุจริต เพื่อให้เหมาะสมกับการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญา และนำไปปรับใช้ต่อไป

2.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหลักสุจริต

หลักสุจริตมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึง ความหมาย บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริต จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ของหลักสุจริต โดยแบ่งได้เป็นแต่ละยุคสมัย ดังนี้

2.2.1 สมัยโรมัน

หลักสุจริตมีที่มาจากหลักในกฎหมายโรมันว่าด้วย bona fides ซึ่งหมายถึง ความซื่อสัตย์ หรือสัจจะอันชอบ หลักสุจริตเกิดจากการที่นักนิติศาสตร์ชาวโรมันต้องการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย ฉบับดั้งเดิมที่มีลักษณะไม่ยืดหยุ่น และค่อนข้างเคร่งครัดตายตัวให้มีความยืดหยุ่นและเป็นธรรม ยิ่งขึ้น¹⁹

ในสมัยโรมันมีคำสุภาษิตที่ว่า การรักษาคำพูดเป็นหลักมาตรฐานชีวิตของชาวโรมัน บุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำพูดที่ให้ไว้ย่อมผิดหลักปฏิบัติดังกล่าว แนวคิดนี้ถึงแม้ไม่มีการนำไป บัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่การไม่รักษาคำพูดในสมัยก่อนจะถือว่าไม่ได้รับการยอมรับจากผู้คนใน สังคม การปฏิบัติตามคำพูดที่ให้ไว้จึงเปรียบคล้ายกับหลักสุจริตในยุคสมัยนั้น²⁰ แต่ทั้งนี้คำว่า การรักษาสัตย์ กับ ความซื่อสัตย์ มีความหมายใกล้เคียงกันมาก ต่อมาจึงมีการใช้คำว่า สุจริต เพื่อให้ ครอบคลุมความหมายรวมไปถึงความซื่อสัตย์ด้วย²¹

เดิมหลักสุจริตมักใช้ไปในทางวิธีสบัญญัติ และศาลในยุคโรมันราว 450 ปี ก่อน คริสต์ศักราชได้ยอมรับวิธีสำหรับการใช้หลักสุจริตนี้ โดยจำเลยในคดีจะใช้เป็นข้อต่อสู้กับ ฝ่ายโจทก์ว่าโจทก์ไม่มีสิทธิหรือความชอบธรรมที่จะฟ้องต่อศาล และศาลไม่ควรบังคับให้ เนื่องจาก โจทก์กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถ้าหากศาลบังคับให้ตามฟ้องจะเกิดความไม่เป็นธรรม หรือไม่ชอบด้วยเหตุผลอย่างยิ่ง หลักนี้ต่อมาเรียกว่า หลักยกข้อต่อสู้ว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องหรือ

¹⁹ แหล่งเดิม (น. 18).

²⁰ J.F O'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. p. 9 (อ้างถึงใน สุจิต ปัญญาพฤกษ์, 2541, *การใช้สิทธิโดยสุจริต*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น.10), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

²¹ Fritz Schulz. (1956). *Principle of Roman Law*. p.288 (อ้างถึงใน สุจิต ปัญญาพฤกษ์, 2541, *การใช้สิทธิโดยสุจริต* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 10), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

อ้างสิทธิโดยไม่ชอบ ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้เช่าทำสัญญาอ้างว่าตนเองไม่ต้องผูกพันตามสัญญา อันเนื่องมาจากการเช่าทำสัญญาเกิดจากความสำคัญผิด หรือเพราะอีกฝ่ายมีเจตนาหลอง น้อฉล หรือ สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยมาแล้วตั้งแต่ต้น ต่อมาหลักดังกล่าวมีการพัฒนาขึ้น ไม่เพียงแต่เป็นข้อต่อสู้ที่จำเลยไว้ใช้ต่อสู้กับโจทก์เท่านั้น แต่ได้พัฒนากลายเป็นหลักสารบัญญัติที่ ศาลได้พัฒนาให้มีขอบเขตที่กว้างขึ้น ที่ต่อมามีแม้ในการฟ้องคดีบางกรณีไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ก็อาจอ้างหลักความสุจริตเป็นฐานแห่งสิทธิฟ้องคดีที่ไม่มี กฎหมายรองรับไว้โดยเจตนาได้ ยกตัวอย่างเช่น การฟ้องร้องขอให้บังคับกรณีที่มีการก่อหนี้ กันขึ้น และสัญญาดังกล่าวมิได้ทำกันตามแบบ ซึ่งหากถือตามกฎหมายโดยปกติที่มีการใช้บังคับกัน อย่างเคร่งครัดและตายตัวจะใช้บังคับกันไม่ได้ เนื่องจากสัญญาที่ว่านี้ไม่ได้ทำตามแบบกัน เมื่อไม่ได้ทำตามแบบ การอ้างสิทธิก็หาทำได้ไม่ แต่เมื่อมีการนำเอาหลักความสุจริตมาปรับใช้ จะทำ ให้สัญญาที่มีได้ทำกันตามแบบดังกล่าว สามารถอาศัยขึ้นฟ้องร้องกันโดยอาศัยหลักสุจริตมาบังคับได้ อาทิเช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่า สัญญาเช่ากันเป็นห้าง หุ้นส่วน รวมถึงในเรื่องของการมอบอำนาจ เป็นต้น โดยสัญญาเหล่านี้ต่อมากลายเป็นที่มาของ หลักกฎหมายในสัญญาสมัยใหม่ที่ถือว่าเมื่อเกิดความยินยอมพร้อมใจกันทั้งสองฝ่ายแล้ว ความผูกพันในสัญญาย่อมเกิดขึ้น²²

ตัวอย่างในการอ้างหลักสุจริตในฐานะที่หลักสุจริตเป็นบทุติธรรมอันนอกเหนือไป จากหลักกฎหมายที่ยอมรับสืบกันมาแต่เดิมอย่างตายตัวและเคร่งครัดนั้น มีตัวอย่างปรากฏให้เห็น ได้จากคำบอกเล่าของซีเซโร ในช่วงเวลา 106 ถึง 43 ปีก่อนคริสต์ศักราช ซึ่งซีเซโรได้บอกเล่าถึง คดีเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นในช่วงเวลา 100 ปีก่อนคริสต์ศักราชว่า²³ เจ้าพนักงานของรัฐได้สั่งให้เจ้าของ บ้านหลังหนึ่งมีชื่อว่า Claudius ทำการรื้อบ้านของตนออกไปส่วนหนึ่งเพื่อประโยชน์ทางพิธีกรรม เกี่ยวกับศาสนาของเมือง แต่ก่อนที่จะทำการรื้อ Claudius ได้ประกาศขายบ้านหลังดังกล่าว และ Culpurnius ได้ตกลงที่จะซื้อบ้านหลังนี้ไว้ ต่อมาเมื่อ Culpurnius ได้กรรมสิทธิ์ในบ้านที่พิพาท เจ้าพนักงานของรัฐได้มีคำสั่งแจ้งให้ Culpurnius ทำการรื้อบ้านออกไปบางส่วน ภายหลังเมื่อ Culpurnius รื้อบ้านออกไปบางส่วนตามคำสั่งเจ้าพนักงานของรัฐแล้ว Culpurnius จึงได้ทราบว่ ก่อนที่จะมีการขายบ้านหลังนี้ Claudius ซึ่งเป็นผู้ขายได้ล่วงรู้มาก่อนแล้วว่าเจ้าพนักงานของรัฐได้มี

²² หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (*Good Faith & Supervening Events*) ใน ระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย (น. 18-19). ก เล่มเดิม.

²³ R. Zimmermann & S. Whihaker (eds). (2000). *Good Faith in European Contract Law*. p. 67. (อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. ก (2555). หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย. น. 19).

คำสั่งให้รื้อบ้านนี้ออกบางส่วน Culpurnius จึงเห็นว่า Claudius ในฐานะผู้ขายควรจะต้องรับผิดชอบ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลและมีคำขอให้ Claudius รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในการที่ตนต้องรื้อบ้านบางส่วนออกไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีเกิดพิพาท กำหนดถึงกรณีที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิก็ต่อเมื่อผู้ขายได้รับรองว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น ไม่มีข้อบกพร่องหรือการรอนสิทธิเช่นนั้น และในคดีนี้ก็ไม่ปรากฏว่าผู้ขายได้รับรองไว้ เนื่องจากเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในขณะที่เจรจาทำการซื้อขายกัน ผู้ซื้อก็ไม่คาดคิดว่าจะเกิดเหตุรอนสิทธิเช่นนี้ขึ้น จึงมิได้ซักถามหรือขอให้ผู้ขายรับรองไว้ ซึ่งหากบังคับตามกฎหมายบ้านเมือง ผู้ซื้อย่อมไม่มีทางได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างแน่นอน แต่ทว่า Culpurnius ผู้ซื้อคดีนี้มีได้ต่อสู้คดีโดยอ้างกฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งเป็นกฎหมายบ้านเมือง แต่กลับอ้างหลักความสุจริตและขอให้ศาลนำหลักความสุจริตมาตัดสินคดี โดยอ้างว่าผู้ขายย่อมมีหน้าที่บอกกล่าวข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุเสื่อมสิทธิในทรัพย์สินซึ่งผู้ขายได้ทราบอยู่แล้วให้ผู้ซื้อทราบ การที่ผู้ขายปกปิดหรือไม่แจ้งข้อเท็จจริงอันควรแจ้งให้ทราบ ย่อมขัดต่อหลักสุจริตซึ่งศาลก็เห็นด้วยกับการยกข้อต่อสู้ในประเด็นนี้ของ Culpurnius ผู้ซื้อ และได้ตัดสินไปตามนั้น²⁴

จากกรณีดังกล่าวจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักสุจริตมีความสำคัญและมีหน้าที่ช่วยในการผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมายลักษณะซื้อขายของโรมัน จนทำให้หลักผู้ซื้อพึงระวังแทบจะไม่มีการนำมาใช้อีกเลย และยังเป็นที่มาของหลักความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องและรอนสิทธิในเวลาต่อมา อีกทั้ง พัฒนาการของหลักสำคัญผิด ข่มขู่ ก็ล้วนมีรากฐานมาจากหลักสุจริตทั้งสิ้น²⁵ ซิเซโรได้เล่าต่อไปว่า การอ้างว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบในกรณีที่ตนเองมีเจตนาปกปิดหรือไม่แสดงข้อเท็จจริงที่ควรต้องแจ้งแก่ผู้ซื้อตามหลักสุจริตนี้ หากนำไปใช้อย่างตายตัวโดยไม่คำนึงถึงความมุ่งหมายตามเหตุผลของเรื่อง อาจถูกใช้ไปใช้ในทางที่ผิดได้ ดังนั้น การใช้สิทธิตามหลักสุจริตนี้จะต้องได้รับการตรวจสอบให้มีความสมเหตุสมผลอยู่ด้วยเสมอ ยกตัวอย่างคดีเช่น ผู้ซื้อได้ซื้อบ้านหลังหนึ่งจากผู้ขายที่ในอดีตบ้านหลังนี้ผู้ซื้อเคยเป็นเจ้าของมาก่อน และผู้ขายได้เคยซื้อบ้านหลังนี้จากตัวผู้ซื้อไป แต่ปรากฏว่าบ้านหลังนี้ตกอยู่ได้บังคับภาระจำยอมซึ่งไม่เป็นที่เห็นประจักษ์ และฝ่ายผู้ขายก็ไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบว่าบ้านติดภาระจำยอมในเวลาที่เกิดการซื้อขายกัน ผู้ซื้อจึงนำเอาเหตุดังกล่าวไปอ้างต่อศาลว่า ผู้ขายปกปิดข้อเท็จจริง พร้อมเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดชอบ

²⁴ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย (น. 19-20). ก เล่มเดิม.

²⁵ R. Zimmermann & S. Whihaker (eds). (2000). *Good Faith in European Contract Law*. p. 17. (อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. ก (2555). หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย. น. 20-21).

ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการรอนสิทธิจากภาระจำยอมนี้ และการที่ผู้ขายไม่แจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบ เท่ากับเป็นการปกปิดข้อเท็จจริงอันควรแจ้งให้ผู้ซื้อทราบ จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักสุจริต อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ผู้ขายได้ยกข้อต่อสู้ว่า แม้ผู้ขายไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบถึงข้อบกพร่องดังกล่าวก็ตาม แต่การไม่แจ้งข้อบกพร่องนั้น ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะการที่ผู้ขายไม่แสดงข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการระจำยอมให้ผู้ซื้อได้รับรู้ในขณะที่ทำการซื้อขายกันก็เพราะในอดีตผู้ซื้อเองเคยเป็นเจ้าของบ้านหลังนี้อยู่ก่อนแล้ว และผู้ซื้อย่อมรู้เท่าใจดีว่าบ้านที่จะซื้อนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับภาระ จำยอม จึงถือไม่ได้ว่าผู้ขายปกปิดข้อความจริงโดยมิชอบหรือโดยฉ้อฉล ต่อมาศาลที่พิจารณาคดีพิพากษาคดีดังกล่าวได้ตัดสินว่า เหตุที่ผู้ซื้อรู้เห็นอยู่แล้วยังจะยกขึ้นกล่าวอ้างว่าผู้ขายปกปิดไม่ได้ ซึ่งผลการตัดสินคดีในนี้ทำให้เกิดหลักต่อมาว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิ หากผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วในขณะที่ได้ทำการซื้อขายกัน จึงกล่าวได้ว่า หลักสุจริตไม่อาจยกขึ้นอ้างได้อย่างพร่ำเพรื่อ แต่ควรต้องปล่อยให้แนวคิดหลักสุจริตมีเนื้อหากว้างๆ ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปไว้เสมอ²⁶

หลักสุจริตได้กลายมาเป็นที่มาของหลักกฎหมายอีกมากมาย เช่น หลักกฎหมายปิดปาก ซึ่งเป็นหลักที่ถือว่าบุคคลจะถือประโยชน์จากการอันขัดต่อพฤติกรรมก่อนๆ ของตนมิได้ นอกจากนี้ยังมีหลักห้ามกระทำการโดยไม่สุจริตอันเป็นเหตุเสื่อมประโยชน์แก่คู่กรณี เช่นในนิติกรรมที่มีเงื่อนไข หากความสำเร็จแห่งเงื่อนไขจะทำให้ฝ่ายใดเสียเปรียบ หากฝ่ายนั้นทำการไม่สุจริตให้เงื่อนไขไม่สำเร็จ ให้ถือว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว โดยมีคดีตัวอย่าง คือ มีการทำพินัยกรรมยกทาสหญิงนางหนึ่งเป็นมรดกให้แก่ผู้รับพินัยกรรม โดยผู้ทำพินัยกรรมได้วางข้อกำหนดในพินัยกรรมให้ปลดปล่อยทาสหญิงผู้นั้นให้เป็นอิสระไว้ในพินัยกรรมในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนด้วยว่า หากทาสหญิงนั้นมีบุตรครบ 3 คน ก็ให้ปลดปล่อยให้เป็นไทแก่ตน แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ทายาทผู้ที่ได้รับพินัยกรรมดังกล่าวเกิดอยากได้นางทาสไว้เป็นของตัวเองและไม่ประสงค์จะให้นางทาสผู้นั้นได้เป็นอิสระ ทายาทผู้นั้นจึงให้นางกนิยาคุมกำเนิด จนเป็นเหตุให้นางไม่มีบุตร เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าว Julian นักนิติศาสตร์คนสำคัญของโรมันได้ตัดสินคดีนี้ว่า เมื่อผู้ต้องเสียเปรียบจากเหตุที่เงื่อนไขสำเร็จได้ทำการไม่สุจริตเพื่อให้เงื่อนไขนั้นไม่สำเร็จ ดังนั้นต้องถือว่าเงื่อนไขได้สำเร็จลงแล้ว และต้องถือว่านางทาสผู้นั้นได้เป็นอิสระทันทีที่ทายาทผู้รับพินัยกรรมได้ให้นางกนิยาคุมกำเนิดเพื่อมิให้มีบุตรตามเงื่อนไขของพินัยกรรม²⁷

²⁶ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย (น. 21-22). ก เล่มเดิม.

²⁷ แหล่งเดิม. (น. 22-23).

นอกจากนี้หลักสุจริตยังเป็นหลักที่ใช้เป็นมาตรฐานในการรักษาสัญญาด้วยว่า หน้าที่รักษาสัญญาต้องไม่ทำอย่างเกรงครัดและตายตัว แต่คู่สัญญาต้องรักษาสัญญาอย่างสมเหตุสมผล เพราะพฤติการณ์แห่งสัญญาอาจมีการเปลี่ยนแปลงหลังทำสัญญา ดังนั้น เนื้อหาแห่งสัญญาก็ย่อมควรเปลี่ยนแปลงไปด้วย ชิเซโร ได้ยกเป็นตัวอย่างว่า กรณีที่มีผู้รับฝากดาบไว้ ต่อมาในเวลาที่มีผู้ฝากดาบมาได้ขอรับดาบที่ฝากไว้นั้นคืน แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ที่ฝากดาบไว้ได้กลายเป็นคนวิกลจริต ดังนั้น ผู้รับฝากไม่จำเป็นต้องส่งดาบที่รับฝากนั้นคืน หรือกล่าวอีกนัยก็คือ ผู้รับฝากดาบจะต้องงดเว้นและไม่ส่งดาบที่รับฝากนั้นคืน เพื่อป้องกันผู้ฝากดาบที่ปัจจุบันกลายเป็นคนวิกลจริตไม่ให้ทำอันตรายแก่ตนเอง ซึ่งนอกจากที่บุคคลจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของตนด้วยความสุจริตแล้ว ยังต้องระมัดระวังไม่ให้การปฏิบัติหน้าที่ของตนเช่นนั้นก่อให้เกิดอันตรายแก่คู่สัญญาผู้อื่น รวมทั้งสังคมด้วย นอกจากนี้ยังมีกรณีในเรื่องการคิดราคาอย่างเป็นธรรมว่าจะอยู่ภายใต้บังคับของหลักสุจริตด้วยหรือไม่ ตัวอย่าง คือ มีพ่อค้าธัญพืชรายหนึ่ง บรรทุกสินค้าจากเมืองอาเล็กซานเดรียมาจำหน่ายที่เกาะโรเด็ซ ซึ่งเป็นเกาะดังที่กำลังตกอยู่ในภาวะแห้งแล้ง พ่อค้าคนดังกล่าว ได้เดินทางมาถึงที่เกาะโรเด็ซก่อนใครและรู้ดีว่าจะมีเรือพ่อค้าอีกจำนวนมากมายังที่กำลังจะบรรทุกธัญญาหารอีกจำนวนมากมุ่งมาจำหน่ายสินค้าที่เกาะแห่งนี้ ซึ่งชาวเกาะโรเด็ซยังไม่รู้ข้อเท็จจริงเช่นว่านี้ ดังนั้น ก่อนที่เรือของเหล่าบรรดาพ่อค้าจะมาถึง หากพ่อค้าผู้นี้เขาบอกขายสินค้าในราคาที่สูง เขาก็จะขายได้กำไรงาม ชิเซโรจึงตั้งคำถามขึ้นว่า พ่อค้าที่ดีมีหน้าที่บอกความจริงข้อนี้หรือไม่ และการที่ผู้ขายสินค้ารายนี้งดเว้นไม่แจ้งชาวเกาะโรเด็ซให้ทราบว่ากำลังจะมีเรือบรรทุกธัญญาหารอีกจำนวนมากมุ่งหน้ามาทางนี้ จะถือว่าเขาปกปิดไม่บอกข้อเท็จจริงอันพึงแจ้งให้ผู้ซื้อทราบ และการที่เขากระทำการเช่นนั้นจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกับหลักสุจริตหรือฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวชิเซโรให้ความเห็นว่า กรณีนี้ไม่ต่างจากกรณีที่ผู้ขายตกลงขายทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อโดยรู้อยู่แล้วว่าทรัพย์สินนั้นมีความชำรุดบกพร่อง หรือตกอยู่ใต้บังคับแห่งสิทธิอื่นที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นเสื่อมประโยชน์ใช้สอยในเวลาที่จะตกลงซื้อขายกัน ซึ่งกรณีนี้นับเป็นกรณีที่ผู้ขายถือเอาประโยชน์จากความไม่รู้ข้อเท็จจริงของคนหรือความไม่รู้ข้อเท็จจริงของผู้อื่น ไปใช้ในทางที่เอาเปรียบ ปัญหาดังกล่าวกลายเป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการ มีผู้ที่เห็นไปในแนวทางต่าง ๆ กัน ด้านหนึ่งได้กลายเป็นหลักห้ามค้ากำไรเกินควรในเวลาต่อมา แต่อีกด้านหนึ่งก็มีผู้มีความเห็นโต้แย้งว่า การค้าย่อมเป็นไปเพื่อการแสวงหากำไร ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะคิดราคาตามที่ตนเห็นว่าสมควร และย่อมมีอิสระในการคิดราคาที่แพงกว่าหรือถูกกว่าท้องตลาดก็ได้ การนี้โดยไม่แจ้งให้คู่กรณีรู้ถึงพฤติการณ์ต่างๆ เพราะกลัวว่าจะกระทบถึงราคาสินค้าของตน ย่อมควรถูกตำหนิ ซึ่ง

ซีเซโรเห็นว่าเป็นกรณีนี้ประชาชนบนเกาะโรเดส์สมควรมีสิทธิรู้ว่าเรือที่ค้าัญญาหารลำอื่นๆ อีกมากมายกำลังจะเดินทางมาที่เกาะแห่งนี้²⁸

ฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดนี้ต่อมาได้พัฒนาโดยนำความเห็นโต้แย้งในกรณีดังกล่าวมาปรับปรุงจนนำไปสู่การเกิดขึ้นของหลักราคาที่สมควร โดยเริ่มจากประมวลกฎหมายแพ่งของ ออสเตรียในมาตรา 934 ที่วางหลักเอาไว้ว่าการตกลงเอาเปรียบโดยคิดราคาสูงหรือต่ำเกินสมควร แก่เหตุ เมื่อคิดเทียบกับการชำระหนี้ตอบแทนถึงขนาดเกินกว่าหนึ่งเท่านี้ย่อมเป็นการอันไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย หรือในมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิส และมาตรา 2589 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐหลุยส์เซียนาก็มีหลักทำนองดังกล่าวบัญญัติไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งต่อมา หลักความผูกพันตามสัญญาอันเกิดขึ้นตามหลักสุจริตได้กลายเป็นหลักที่ยอมรับกันทั่วไป พร้อมๆ กับการยอมรับหลักความเป็นธรรม หลักมนุษยธรรม และหลักเมตตาธรรม หรือเรียกรวมๆ กันว่า หลักความสุจริตและเป็นธรรม ตามที่ในสมัยปัจจุบันเรียกว่า หลักความบริสุทธิ์ยุติธรรมนั่นเอง²⁹

โดยสรุปในสมัยโรมันตอนต้น ผู้ศึกษามีความเห็น ว่า หลักสุจริต หมายถึง สัจจะ อันชอบซึ่งนักนิติศาสตร์ชาวโรมันได้ทำการพัฒนาขึ้นเพื่อลดความเคร่งครัดตายตัวของกฎหมาย ดั้งเดิมให้มีความยืดหยุ่นและมีความเป็นธรรมมากขึ้น โดยเป็นการพัฒนาหลักการยกข้อต่อสู้ว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องหรืออ้างสิทธิโดยไม่ชอบให้หลุดพ้นจากการกระทำที่ไม่สุจริตในกรณีฉ้อฉล สำคัญผิด เจตนาหลง หรือวัตถุประสงค์ที่พ้นวิสัย เป็นการพัฒนาการใช้หลักสุจริตอย่างกว้าง ไม่ว่าจะกล่าวไว้ในคำฟ้องหรือไม่ หรืออาจไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งก็ตาม และการพัฒนาเพื่อนำ หลักสุจริตมาปรับใช้ได้กลายเป็นหลักการซื้อขายที่ผู้ซื้อต้องระวัง หลักความรับผิดชอบต่อการชำระ รูด บกพร่องและการรอนสิทธิ เป็นต้น นอกจากนี้ หลักสุจริตยังได้พัฒนาขยายความเป็นหลักที่เรียกว่า กฎหมายปิดปากที่บุคคลโดยสุจริตจะถือประโยชน์จากการกระทำที่ขัดแย้งกับพฤติการณ์ก่อนๆ ที่แล้วมาหาไม่ได้ รวมถึงได้ขยายเป็นหลักมาตรฐานการรักษาสัญญาที่ต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แห่ง สัญญาที่เปลี่ยนแปลงไปโดยสุจริต และลูกหนี้อาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ถ้าการชำระหนี้ นั้น ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นภาระที่หนักเกินกว่าเหตุของลูกหนี้หรือเกินกว่าที่คาดหมายได้ขณะ เข้าทำสัญญา นอกจากนั้นหลักสุจริตได้มีการพัฒนาสู่หลักการที่เป็นการป้องกันการเอาเปรียบใน สังคม หลักป้องกันการค้ากำไรเกินสมควร หลักราคาที่สมควร และหลักบริสุทธิ์ยุติธรรมในที่สุด

²⁸ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (Good Faith & Supervening Events) ใน ระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แอง โกลอเมริกัน และไทย (น. 23-26). เล่มเดิม.

²⁹ แหล่งเดิม. (น. 26).

2.2.2 สมัยกลาง

หลังจากจักรวรรดิโรมันล่มสลายมีการหันกลับไปใช้กฎหมายประเพณีของชนเผ่าหรือของชุมชนและกฎหมายของศาสนจักร จนกระทั่งในราวศตวรรษที่ 12 และ 13 ได้มีการฟื้นฟูกฎหมายโรมันขึ้นมาอีกครั้ง มีการนำเอากฎหมายโรมันกลับมาใช้ด้วยความพยายามของชนชั้นกลางและนักวิชาการในมหาวิทยาลัยชาวยุโรปในสมัยกลางมีแนวโน้มในการยอมรับกฎหมายด้วยเหตุที่กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาความเป็นธรรม ซึ่งนักกฎหมายในยุคนี้จะยึดอักษระในกฎหมายโรมันเป็นที่ตั้ง มีการให้ความสำคัญแก่หลักสุจริตในแง่ของหลักความเป็นธรรมในรูปแบบของกฎหมายยุติธรรมในฐานะเป็นหลักที่มาช่วยลดความกระด้างของกฎหมายที่เคร่งครัด เกิดเป็นหลักการที่ยอมรับกันว่าในกรณีเป็นที่สงสัยให้ถือว่ากฎหมายยุติธรรมย่อมมาก่อนกฎหมายที่เคร่งครัดตายตัว แนวคิดเรื่องหลักสุจริตในสมัยกลางมีหลักการที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักการรักษาสัตย์จะ หลักการไม่แสวงหาประโยชน์ด้วยการฉ้อฉล และหลักการดำรงตนอยู่ในความซื่อสัตย์³⁰

หลักการรักษาสัตย์จะ เป็นหลักที่นักกฎหมายในสมัยกลางพยายามอธิบายว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ เพื่อใช้ในการอธิบายว่าเหตุใดสัญญาบางชนิด เช่น สัญญาซื้อขายในกฎหมายโรมันซึ่งมิได้ทำตามแบบจึงยังมีผลบังคับกันได้ โดยอธิบายว่าสัญญาที่ล่วงล้าวนเกิดจากความยินยอมและยอมผูกพันกันด้วยสัตย์จะที่ทำให้ไว้แก่กัน แต่จะบังคับกันได้เพราะความยินยอมเพียงอย่างเดียวหรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ ศาลอาจบังคับตามสัญญาที่เกิดจากความยินยอมได้เฉพาะบางชนิด เช่น สัญญาซื้อขายเช่า หุ่นส่วน หรือสัญญาตัวแทนผู้รับมอบอำนาจเท่านั้น ส่วนสัญญาอื่นที่เป็นทรัพย์สินสัญญาจะบังคับกันได้ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน เช่น สัญญาเช่า ฝากทรัพย์สิน หรือจำนำ นอกนั้นเป็นสัญญาที่ผูกพันกันเพราะได้ทำตามแบบ ส่วนสัญญาไม่มีชื่อต่างๆ ก็ยังไม่มีผลบังคับจนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามสัญญากันแล้ว

หลักการไม่แสวงหาประโยชน์ในทางฉ้อฉล เป็นหลักที่อธิบายว่าคู่กรณีทุกฝ่ายต้องไม่เอาเปรียบกัน โดยวิธีลวงให้อีกฝ่ายหลงเข้าใจผิด หรือโดยฉ้อฉล เมื่อสัญญาซื้อขายหากเกิดขึ้นด้วยการฉ้อฉล ความผูกพันย่อมบกพร่องไป โดยการแยกแยะผลของกลฉ้อฉลนี้ได้มีการแยกข้อแตกต่างระหว่างกลฉ้อฉลถึงขนาดกับกลฉ้อฉลเพื่อเหตุออกจากกัน โดยยกตัวอย่าง กรณีที่ผู้ขายมีน้ำหนักพยายามจงใจให้ผู้ซื้อตกลงซื้อผ้าตัวใหม่ ด้วยการหลอกลวงผู้ซื้อที่มีผ้าอยู่แล้วให้หลงเชื่อว่าผ้าของผู้ซื้อที่มีอยู่ในเวลานี้ จะต้องตายไปในไม่ช้า ดังนี้ หากผู้ซื้อหลงเชื่อและตกลงซื้อผ้าจากผู้ขาย

³⁰ แหล่งเดิม. (น. 27-31).

ก็เป็นกลฉ้อฉลถึงขนาด แต่ถ้าเพียงแต่ตั้งใจให้ซื้อด้วยราคาแพงกว่าปกติ หรือหลอกให้ยอมรับภาระหนักขึ้นก็เป็นกลฉ้อฉลเพื่อเหตุ เช่น ผู้ขายหลอกหลวงเกี่ยวกับอายุของม้า เพื่อให้ได้ราคาสูงขึ้น เป็นต้น ทั้งนี้ นิติกรรมที่สร้างขึ้นเพราะกลฉ้อฉลถึงขนาดจะมีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ และผู้ซื้ออาจบอกล้างเพื่อให้หลุดพ้นจากความผูกพันได้ ส่วนกลฉ้อฉลเพื่อเหตุอื่น ไม่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ เพียงแต่ผู้ถูกฉ้อฉลอาจจะเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย เช่น ให้ลดราคาลงเหลือเพียงเท่าราคาที่ควรได้หากไม่ถูกฉ้อฉลก็ได้

หลักการดำรงตนอยู่ในความซื่อสัตย์ เป็นหลักเพื่อตีความเสริมเนื้อหาของสัญญาที่บุคคลที่ซื่อสัตย์จะพึงกระทำ เป็นการสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีว่ายอมเป็นไปในทางสุจริต ซึ่งหากคู่กรณีไม่ได้มีการตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งแต่ต้น เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องมีการตีความเจตนาในสัญญาตามหลักสุจริต ซึ่งการผูกพันกันตามหลักสุจริตไม่เพียงแต่การรักษาสัญญา หรือการงดเว้นการกระทำที่ฉ้อฉลดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คู่สัญญาจะต้องผูกพันกันตามข้อกำหนดในทางสุจริตที่ตนไม่ได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งอีกด้วย เซนต์โทมัส ในระหว่างคริสต์ศักราชที่ 1224 ถึง 1274 เป็นผู้นำความหมายของความยุติธรรมที่อริสโตเติลจำแนกไว้มาผสมกับคำสอนทางศาสนาเพื่อใช้วิเคราะห์กฎหมาย เช่น อธิบายว่าสัญญาซื้อขายเป็นส่วนหนึ่งของความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนทดแทน กล่าวคือ จะเป็นธรรมได้ต้องมีสิ่งแลกเปลี่ยนที่เท่าเทียมกัน หากมีการขายทรัพย์สินในราคาที่ไม่เป็นธรรม ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ นอกจากนี้ในเรื่องความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ ผู้ขายมีหน้าที่ชำระหนี้แก่ผู้ซื้อด้วยทรัพย์สินที่สมราคา หากผู้ซื้อชำระเงินให้แก่ผู้ขายโดยสมบูรณ์ ผู้ซื้อก็ย่อมต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่ชำรุดบกพร่องด้วยเช่นกัน เราเรียกกรณีดังกล่าวว่าการแลกเปลี่ยนเท่าเทียมกัน ต่อมา Baldus นักปราชญ์ทางกฎหมายได้นำแนวคิดของอริสโตเติลและเซนต์โทมัสมาพัฒนา กลายเป็นหลักการที่ว่า ไม่มีผู้ใดพึงได้ลาภไปโดยผู้อื่นต้องเสียเปรียบ โดยแนวคิดของ Baldus นี้ เป็นการนำเอาหลักปรัชญาของอริสโตเติลมาวางกรอบของหลักสุจริตให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าไม่ควรแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบไปในทางที่ทำให้ผู้อื่นเสียเปรียบ ไม่ใช่แต่เพียงอธิบายหลักสุจริตไว้กว้างๆ ว่าหมายถึง การไม่ฉ้อฉล การรักษาสัญญา หรือการดำรงตนอย่างซื่อสัตย์เท่านั้น³¹

2.2.3 สมัยใหม่

เมื่อศาสนจักรถึงคราวเสื่อมโทรมลง แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติในสมัยกลางก็เสื่อมลงด้วย ดังนั้น เมื่อสถานะของศาสนจักรและความเชื่อในทางศาสนาตกต่ำลง ในสมัยใหม่มนุษย์จึงหันมาใช้หลักเหตุผลเป็นพื้นฐานในการอ้างอิงหรืออธิบาย โดยไม่ได้กล่าวอ้างถึง

³¹ แหล่งเดิม. (น. 32-34).

พระผู้เป็นเจ้าของเจ้าดังเช่นสมัยกลางอย่างเช่นเคย อย่างไรก็ตาม แม้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการอ้างอิงพระผู้เป็นเจ้าของเจ้าจะได้เสื่อมโทรมลง แต่แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติก็มีได้เสื่อมโทรมหรือสูญสลายไปอย่างสิ้นเชิงไม่ แต่ได้กลับมาเฟื่องฟูใหม่อีกครั้งในศตวรรษที่ 17-18 โดยยุคนี้อาจกล่าวหรือเรียกได้ว่าเป็นยุคทองของกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่นั้นเอง³² ซึ่งแนวคิดนี้ได้แพร่หลายไปทั่วยุโรป แต่อย่างไรก็ดี นักกฎหมายสมัยใหม่ในยุคนี้ก็กลับไม่สนใจ และเลิกที่จะกล่าวถึงหลักสุจริตและหลักความเป็นธรรมน้อยลง โดยหันไปให้ความสนใจกับหลักลำดับรอง เช่น หลักเจตนา หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หลักห้ามการกระทำอันฉลุลึกต่างตอบแทนและไม่ต่างตอบแทน หลักความสมดุลในการแลกเปลี่ยนตอบแทน เป็นต้น แต่ก็ยังมีนักนิติศาสตร์คนสำคัญ คือ Jean Domat ในช่วงคริสต์ศักราชที่ 1625 ถึง 1696 ได้เขียนตำรากฎหมายแห่งบรากฐานของหลักกฎหมายธรรมชาติว่า ข้อตกลงที่ทั้งปวงที่มีผลผูกพันกัน ไม่ใช่เพราะคู่กรณีได้ตกลงกันอย่างแข็งขัน แต่เป็นเพราะข้อตกลงนั้นสอดคล้องกับเงื่อนไขแห่งความผูกพันตามหลักความเป็นธรรมตามกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายบ้านเมือง และปกติประเพณี และคู่กรณีย่อมมีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้ตามที่ตนต้องการ แต่ทั้งนี้คู่กรณีไม่อาจตกลงกันโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี หรือโดยขัดต่อหลักความเป็นธรรมได้ ตัวอย่างเช่นในสัญญาซื้อขาย หากไม่ได้ตกลงกันไว้โดยแข็งขัน ถือว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ขาย มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าผู้ซื้อต้องรับทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องไว้ ทั้ง ๆ ที่ผู้ซื้อได้ชำระราคาไปในราคาที่ตนประสงค์จะได้ทรัพย์สินนั้น โดยสมบูรณ์ ดังนั้น หากคู่กรณีจะตกลงยกเว้นความรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่อง ก็ควรต้องลดราคาลงมาให้เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้ซื้อจะได้ทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องไป หลักของ Jean Domat ได้กลายเป็นรากฐานของ มาตรา 1134 วรรคสาม และ 1135 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 โดยมาตรา 1134 วรรคสามบัญญัติว่า การปฏิบัติตามสัญญาต้องกระทำด้วยความสุจริต และมาตรา 1135 บัญญัติว่า ข้อตกลงย่อมไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดหนี้ตามที่ได้ตกลงกัน แต่ยังก่อให้เกิดความผูกพันตามหลักความเป็นธรรมตามปกติประเพณี และตามบทกฎหมายตามลักษณะแห่งข้อตกลงนั้นๆ ด้วย หลักข้อแรกเป็นหลักทำนองเดียวกับมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นที่มาของมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ส่วนหลักข้อหลังต่อมาได้กลายเป็นหลักการตีความสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 157 ที่มีสาระสำคัญว่า สัญญานั้นต้องตีความไป

³² นิติปรัชญา ก (น 189). เล่มเดิม.

ตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี และเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตามมาตรา 368 ด้วย³³

แนวคิดในเรื่องของหลักความยุติธรรมกับศีลธรรมแม้จะแตกต่างกัน แต่ก็มาจากรากฐานเดียวกันจนแทบจะแยกไม่ออก กล่าวคือ เมื่อใดที่กฎหมายมีความแข็งกระด้างหรือเอาแต่ยึดถือในรูปแบบพิธี เมื่อนั้นพลังของจิตใจที่มนุษย์ต้องการแสวงหาความยุติธรรมจะแสดงตัวออกมา แนวคิดในทางกฎหมายก็จะปรากฏความเป็นธรรมมากขึ้น ทำให้กฎหมายมีการพัฒนายกระดับไปสู่ระดับที่มีความแน่นอนชัดเจน โดยในขณะที่เดียวกันก็เปิดช่องให้มีการนำแนวคิดว่าด้วยความยุติธรรมมาปรับปรุงแต่งกฎหมายให้มีความยุติธรรมอยู่เสมอ ซึ่งปรากฏออกมาได้ในหลายๆ ทาง ไม่ว่าจะเป็นการตีความกฎหมาย การใช้ดุลพินิจของตุลาการตามความเหมาะสม การใช้กฎหมายแบบเทียบเคียงกับบทกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง หรือการใช้หลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น³⁴

2.3 ความหมายและลักษณะของหลักสุจริต

2.3.1 ความหมายของหลักสุจริต

คำว่า สุจริต เป็นคำที่มีความกว้างและยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนลงไปให้ชัดเจน พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ได้ให้ความหมายของคำว่า สุจริตว่าหมายถึงความถึง ประพฤติชอบตามคลองธรรม หมายถึง ประพฤติด้วยตั้งใจดี ประพฤติซื่อตรง พจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2535 ให้ความหมายว่า หมายถึง ความประพฤติชอบ, จริง, ซื่อตรง อันมีความหมายที่ตรงกันข้ามกับคำว่า ทูจริต ที่หมายความถึง ความประพฤติชั่ว คดโกง น้อฉล ไม่ซื่อตรง³⁵ คำว่า สุจริต เป็นคำแปลมาจากภาษาละตินว่า bona fides ตรงกับภาษาอังกฤษว่า good faith ตรงกับภาษาเยอรมันว่า Treu und Glauben แปลว่า ความซื่อสัตย์ และตรงกับภาษาอังกฤษว่า good faith แปลเป็นไทยได้ความหมายโดยรวมว่า ความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจ³⁶

หลักสุจริตตาม Black's Law Dictionary (18th Edition) ได้อธิบายไว้ว่า หมายถึง สภาวะทางจิตใจอันประกอบด้วย (1) ความซื่อสัตย์ในความเชื่อหรือวัตถุประสงค์ (2) ความซื่อตรง

³³ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (Good Faith & Supervening Events) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย ก (น. 36-38). เล่มเดิม.

³⁴ นิติปรัชญา ก (น. 307). เล่มเดิม.

³⁵ กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 (น. 64). เล่มเดิม.

³⁶ จาก หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์ ข, 2526, (ม.ป.ป.).

ต่อหน้าที่หรือหนี้ของตน (3) ความสอดคล้องกับมาตรฐานทางการค้าหรือธุรกิจใดๆ อันชอบด้วย เหตุผลในการต่อรองกันอย่างเป็นธรรม (4) การไว้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์ โดยมิชอบ³⁷

Black's Law Dictionary (Six Edition) ได้อธิบายคำว่า "good faith" ไว้ว่า "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" ซึ่งหมายความว่า "สุจริต" เป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้ เป็นนามธรรม ไม่มีความหมายเฉพาะทางเทคนิคหรือคำจำกัดความตามบทบัญญัติกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ขอบเขตความเชื่อโดยสุจริต ได้แก่ สิ่งที่ไม่ประสงค์มุ่งร้ายและไม่ประสงค์ที่จะไปฉ้อฉล หลอกลวง บุคคลใด หรือการไปแสวงหาเอาเปรียบคนอื่นเพราะขาดความสำนึก ความสุจริตของแต่ละบุคคลจึงเป็นความคิดส่วนตัวของแต่ละคน ซึ่งเป็นเรื่องของสภาพจิตใจของบุคคลนั้น

ส่วนคำว่า ทุจริต หรือ Bad Faith เป็นคำที่ตรงกันข้ามกับคำว่า สุจริต มีความหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำการอันฉ้อฉล หรือหลอกลวงโดยมีจุดประสงค์ให้คนอื่นเข้าใจผิด รวมถึงการละเลยไม่เอาใจใส่ บิดพลิ้วไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือชำระหนี้ตามสัญญา คำว่า ทุจริต เป็นคำที่เป็นไปในทางไม่ดี เป็นการแสดงออกถึงวัตถุประสงค์ที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริต เบี่ยงเบนทางศีลธรรม หรือการที่ไม่ดำเนินการในทันทีอันเกิดจากความบกพร่องโดยสุจริต มีมูลเหตุจูงใจที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องอันชั่วร้าย และเมื่อพิจารณาคำว่า ทุจริต ตามคำอธิบายของ Black's Law Dictionary (Fourth Edition) ได้อธิบายไว้ว่า "Bad faith, 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 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 or ill will.." เป็นการอธิบายเกี่ยวกับสภาพจิตใจของบุคคล หรือเน้นถึงมโนสำนึกของบุคคลเกี่ยวกับความคิด ไตร่ตรอง วางแผน ดำเนินการ หรือกระทำการที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมตามจริยธรรม คุณธรรม เพื่อที่จะหลอกลวง ฉ้อฉล เอาเปรียบ หรือ

³⁷ "A state of mind consisting in (1) honesty in believe or purpose (2) faithfulness to one's duty or obligation (3) observance of reasonable commercial standard of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage".

คดโกงคนอื่น โดยกระทำการ หรือเว้นไม่กระทำการที่ต้องกระทำไม่ว่าจะเป็นเจตนาโดยตรง หรือโดยปริยาย ประกอบด้วยมูลเหตุจงใจหรือไม่ก็ตาม³⁸

ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายไว้ว่า หลักกฎหมายสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งไทย ทั้งระบบ มีจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ในการสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม โดยนำหลักมาตรฐานศีลธรรมทางสังคม มาเป็นกลไกควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมทุกๆ กรณีที่จะ ประพฤติปฏิบัติต่อกัน นอกจากนี้การใช้สิทธิโดยสุจริตยังเป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายบัญญัติไว้ ให้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบ กฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่ มาตรฐานที่เป็นข้อความทั่วไปนี้เรียกว่า ข้อความที่มีเนื้อหาไม่ชัด เป็นบทบัญญัติที่เรียกว่า เป็นกฎหมายเพื่อความยุติธรรม อันไม่สามารถทำให้ ความหมายกระจ่างแน่ชัดไว้ล่วงหน้าได้ ต้องรอให้ข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อน โดยขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ แวดล้อมของแต่ละคดี นอกจากนี้ หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจเป็นหลักการทั่วไปที่ไม่อาจจะ อธิบายให้ชัดเจนกระจ่างในรายละเอียดได้ทั้งหมดเพราะเป็นหลักการทางนามธรรมที่นับวันมีแต่จะ คลี่คลายต่อไป³⁹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า หลักสุจริตเป็นบทกฎหมายยุติธรรม หมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลยพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยคดี หรือข้อพิพาท โดยใช้วิจารณ์ฐานในการตัดสินใจคดีความไปตามข้อเท็จจริงเฉพาะเป็นกรณีๆ ไป เพื่อจะได้มีคำวินิจฉัยตามเจตน์จำนงที่ดี เพื่อให้เกิดความยุติธรรม⁴⁰

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นอีกว่า จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของหลัก สุจริต คือ ความยุติธรรมภายในหรือความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง ซึ่งจะเรียกร้องให้มีการวางข้อบังคับ ของกฎหมาย และวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งความยุติธรรมตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะต้องวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามหลักความเป็นธรรม หลักคุณธรรม หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ เพราะความยุติธรรมที่แท้จริงนับว่ามีความสำคัญยิ่งกว่า บทบัญญัติในข้อกฎหมายเสียอีก เพราะกฎหมายบางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องยุติธรรมเสมอไปได้⁴¹

³⁸ กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 (น. 64-66). เล่มเดิม.

³⁹ แหล่งเดิม. (น. 70).

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (น. 83) (อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2554). *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14*. น. 69).

⁴¹ หยุด แสงอุทัย. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (น. 102) (อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2554). *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14*. น. 79).

ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ มีความเห็นว่า หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายปัจจุบันยอมรับ และแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นักกฎหมายก็อ้างความสุจริตที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติต่างๆ ได้⁴²

ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล อธิบายว่า หลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรมที่ยิ่งใหญ่ของกฎหมายโรมัน และยังเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่ง หลักสุจริตจะมีลักษณะที่เป็นนามธรรม กว้างขวาง ไม่อาจกำหนดความหมายที่ชัดเจนแน่นอนได้ กฎหมายได้มอบอำนาจให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักความเป็นธรรม ความซื่อสัตย์ของบุคคลมาบังคับใช้ให้เหมาะสมกับพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงในแต่ละคดีๆ ไป เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและให้สังคมเกิดความสงบสุข หลักสุจริตจึงมีความศักดิ์สิทธิ์ ทั้งยังสามารถนำไปใช้ในกฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายแพ่งได้อีกด้วย⁴³

อริสโตเติลเห็นว่า หลักสุจริตที่ก่อให้เกิดความยุติธรรม เป็นสิ่งที่อยู่ภายในความรู้สึกหรือภายในจิตใจของมนุษย์แต่ละบุคคล แตกต่างกันไป ความยุติธรรมตามหลักสุจริตจะมีลักษณะกว้างๆ และคลุมเครือ โดยบางกรณีการใช้กฎหมายในการปกครองอาจจะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น อันเนื่องมาจากลักษณะของกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป การนำเอากฎหมายมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยปัญหาแต่ละกรณีอาจมีปัญหาได้ ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายเกิดปัญหาความไม่เป็นธรรม ตัวกฎหมายเองย่อมเห็นชอบให้มีการนำเอาหลักความเป็นธรรมมาปรับแต่งตัวบทกฎหมายให้มีความชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้ ซึ่งผู้ที่จะวินิจฉัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยุติธรรมก็คือผู้พิพากษานั้นเอง⁴⁴

2.3.2 ลักษณะของหลักสุจริต

หลักสุจริตเป็นหลักที่ไม่มีความชัดเจน ยกแก่การทำความเข้าใจ การที่จะเข้าใจถึงความหมายของหลักสุจริตจึงต้องพิจารณาถึงลักษณะของหลักสุจริตโดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) หลักสุจริตมีลักษณะเป็นบทบังคับ

หลักสุจริตมีฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจที่ตกลงหรือยินยอมกันว่าจะหลีกเลี่ยงไม่นำหลักสุจริตมาใช้บังคับ หรือจะตกลงยินยอมกันให้เป็นอย่างอื่นแตกต่างจากที่บัญญัติหรือจะตกลงเพื่อยกเว้นกฎหมายหาได้ไม่ กล่าวคือ คู่สัญญาจะหลีกเลี่ยงหรือใช้วิธีการใดๆ โดยไม่คำนึงถึงหลักความยุติธรรม ความซื่อสัตย์ สุจริตไม่ได้ หากมี

⁴² จาก *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบ Civil Law และ common Law*, โดย กิตติศักดิ์ ปรกติ ข, (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์), *คูลพาท*. น. 63.

⁴³ *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป : คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14* (น. 71). เล่มเดิม.

⁴⁴ แหล่งเดิม. (น. 78).

การตกลงยินยอมให้มีการหลีกเลี่ยงไม่นำหลักสุจริตมาใช้บังคับในระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวแล้ว ถือว่าข้อตกลงหรือคำยินยอมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และข้อตกลงนั้นย่อมเป็นโมฆะ⁴⁵ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 485⁴⁶ ที่กำหนดว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในสัญญาซื้อขายไม่อาจคุ้มครองความรับผิดในผลของการอันผู้ขายได้กระทำเอง หรือจากข้อความจริงที่ผู้ขายรู้แล้วปกปิด หรือตามมาตรา 484⁴⁷ ที่กำหนดว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อชำระคบกพร่องหรือรอนสิทธิถ้าไม่ตกลงกันโดยแจ้งชัด ก็ไม่คุ้มครองผู้ขายจากการคืนเงินตามราคา มาตรา 625⁴⁸ กำหนดว่า ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดในสัญญารับขนของ มาตรา 639⁴⁹ เรื่องสัญญารับขนคนโดยสาร และมาตรา 677⁵⁰ กำหนดว่า สัญญารับฝากของเจ้าสำนักโรงแรม หากไม่ได้ตกลงกันไว้โดยแจ้งชัดย่อมตกเป็นโมฆะ เป็นต้น

2) หลักสุจริตมีลักษณะเป็นบทยุติธรรม

เนื่องจากหลักสุจริตเป็นรากฐานอันสำคัญของระบบกฎหมายแพ่ง เป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเทียบเคียงคู่กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยกฎหมายได้มอบอำนาจให้ผู้พิพากษามีอิสระในการใช้ดุลพินิจสำหรับตีความเพื่อตัดสินคดี โดยให้ผู้พิพากษานำเอาหลัก

⁴⁵ แหล่งเดิม. (น. 79).

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 485 ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดนั้น ไม่อาจคุ้มครองความรับผิดของผู้ขายในผลของการอันผู้ขายได้กระทำไปเอง หรือผลแห่งข้อความจริงอันผู้ขายได้รู้และปกปิดเสีย

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 484 ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดนั้น ย่อมไม่คุ้มครองผู้ขาย ให้พ้นจากการต้องส่งเงินคืนตามราคา เว้นแต่จะได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 625 ใบรับ ใบตราส่ง หรือเอกสารอื่น ๆ ทำนองนั้นก็ดี ซึ่งผู้ขนส่งออกให้แก่ผู้ส่งนั้น ถ้ามีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งประการใด ท่านว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 639 ตัว ใบรับ หรือเอกสารอื่นทำนองเช่นว่านี้ อันผู้ขนส่งได้ส่งมอบแก่คนโดยสารนั้น หากมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งอย่างใด ๆ ท่านว่าข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนโดยสารจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 677 ถ้ามีคำแจ้งความปิดไว้ใน โรงแรม โฮเทล หรือสถานที่อื่นทำนองเช่นว่านี้ เป็นข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของเจ้าสำนักไซร์ ท่านว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนเดินทาง หรือแขกอาศัยจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตั้งแต่วัน

ความยุติธรรม จริยธรรม เข้ามาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดี เพื่อให้การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี เป็นไปด้วยความยุติธรรม⁵¹

ลักษณะการเป็นบทยุติธรรมของหลักสุจริตไม่ได้มีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด การใช้และตีความกฎหมายจึงจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจมาประกอบเพื่อเสริมเนื้อความของกฎหมายให้สมบูรณ์และให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ แห่งคดี ตรงกันข้ามกับกฎหมายเคร่งครัดที่มีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและผลทาง กฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว ผู้ใช้หรือตีความกฎหมายไม่อาจใช้ดุลพินิจเสริมแต่งหรือเพิ่มเติม เนื้อหาของบทบัญญัติได้ ทำได้เพียงแต่ตีความหรือใช้กฎหมายนั้นตามบทบัญญัติที่ได้บัญญัติ ไว้แล้วเท่านั้น⁵²

เดิมประเทศทางยุโรปหลังจากมีการจัดทำประมวลกฎหมายมีแนวคิดที่ศาล มีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายเท่านั้น ไม่มีหน้าที่สร้างกฎหมาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวอาจไม่ถูกต้อง มากนักเพราะทำในการปรับใช้กฎหมาย ศาลย่อมต้องตีความ อุดช่องว่าง หรือแก้ไขหลักกฎหมาย ที่เป็นนามธรรมในประมวลกฎหมายเพื่อให้ได้ผลการวินิจฉัยที่ต้องการ และศาลมักอ้างหลักสุจริต เป็นฐานในการวางหลักใหม่ที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติกฎหมายอื่นใดในประมวล กฎหมาย จึงมีทัศนะใหม่ที่ว่าศาลไม่เพียงแต่มีหน้าที่ปรับใช้กฎหมาย แต่มีหน้าที่ต้องสร้าง หลักกฎหมายด้วย หลักสุจริตจึงมีความสำคัญและเสริมสร้างความเชื่อมั่นว่าศาลสามารถสร้างหลัก กฎหมายใหม่ๆ ได้ หรือเราอาจกล่าวได้ว่าศาลจะสร้างกฎหมายใหม่ผ่านหลักสุจริตนั่นเอง⁵³

นอกจากเป็นหลักสำคัญของบทกฎหมายยุติธรรม หลักสุจริตยังแทรกซึมอยู่ใน บทกฎหมายและนิติสัมพันธ์อื่น เห็นได้จากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 5 คำว่า “...โดยสุจริต” นั้น เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ยืดหยุ่น เป็นนามธรรม และเปิดช่องให้มีการใช้เหตุผลในการชั่ง น้ำหนักประโยชน์ได้เสียเพื่อประกอบการพิจารณาได้เสมอ ผู้พิพากษาจึงสามารถนำมาปรับใช้ ในการวินิจฉัยคดีได้อย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นการให้คู่คุณ หรือให้ความคุ้มครองแก่คู่กรณีก็ตาม แต่ถึงอย่างไร การนำหลักสุจริตมาใช้ไม่ใช่เป็นการวางหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เป็นหลักที่ใช้ เพื่อช่วยแสดงหลักการหรือหลักกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่มีอยู่แล้วแต่ไม่ชัดเจนเพราะถูกบดบัง จากถ้อยคำหรือรูปแบบของกฎหมายให้เห็นชัดหรือเข้าใจได้ชัดยิ่งขึ้น เป็นหลักที่ใช้ขยายความ

⁵¹ กฎหมายแห่งหลักทั่วไป : คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 (น. 79). เล่มเดิม.

⁵² จาก การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 11), โดย การวิทย์ กษิตินันท์, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵³ Martijn Hesselink. *Toward a European Civil Code*. p. 300,308 (อ้างถึงใน อภิชาติ คงชาติ. (2545). *หลักการตีความสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 92), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

เสริม หรือแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายที่ทางกฎหมายให้สมบูรณ์หรือให้สอดคล้องกับหลักความ มีเหตุผลและความเป็นธรรมมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กัน แม้นิติกรรม จะตกเป็นโมฆะ คู่กรณีก็ไม่อาจอ้างโมฆะกรรมขึ้นต่อผู้บุคลภายนอกรับได้ ตามประมวลกฎหมาย แห่งแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 วรรคหนึ่ง⁵⁴ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1198/2492 ที่มีข้อเท็จจริงว่า เจ้า แก่ในการสืบทอดให้บิดาเจ้าบ่าวและเจ้าบ่าวยืมแหวนไปหมั้นหญิงเจ้าสาว โดยฝ่ายหญิงและบิดา มารดาหญิงไม่รู้เรื่องด้วย หลังจากหมั้นและสมรสกันแล้ว เจ้าแก่ผู้เป็นเจ้าของแหวนจะขอแหวนคืน โดยอ้างแต่เพียงว่าแหวนนั้นให้เจ้าบ่าวและบิดาเจ้าบ่าวยืมไป กรรมสิทธิ์ยังเป็นของตน และอ้างว่า ฝ่ายหญิงแม้สุจริตก็ไม่เสียหายเพราะได้ทรัพย์ไปโดยเสน่หา จึงไม่เป็นบุคลภายนอกรับผู้สุจริตและ ต้องเสียหายที่กฎหมายคุ้มครอง ข้ออ้างเช่นนี้ศาลพิพากษาว่าขัดต่อหลักสุจริต และพิพากษาให้ของ หมั้นตกเป็นของหญิง จากตัวอย่างที่กล่าวมานี้เป็นตัวอย่างของกรณีที่บุคคลควรต้องรับภาระ หรือ ผลร้าย หรือจะไม่ได้รับความคุ้มครอง หากบุคคลผู้นั้นได้กระทำการไปในพฤติการณ์ที่เขาเองควร จะต้องรับผิดชอบ เช่น การละเลยไม่ใช้สิทธิของตนเอง หรือทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไปโดยยอม เสี่ยงเข้ารับผลร้าย หรือเพราะโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือไม่รู้ถึงเหตุเสื่อมสิทธิหรือ ผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ตนเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ซึ่งจะเห็นว่ากรณีดังกล่าว มา บุคคลอาจจะต้องรับภาระบางประการ ทั้งที่เขาไม่มีความผิด เพียงแต่เขาอยู่ในฐานะที่ไม่ควร ได้รับความคุ้มครองในการอ้างข้อบกพร่องของตนไปในทางที่ขัดต่อความสุจริต หลักสุจริตจึงอาจ เป็นได้ทั้งบทกฎหมายยุติธรรมหรือเป็นบทบังคับ ขึ้นอยู่กับการชั่งน้ำหนักของประโยชน์และกรณี การได้เสียในเฉพาะเรื่อง ๆ นั้น หลักสุจริตจึงเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน ดังที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4016-4020/2526 ได้วินิจฉัยว่า ปัญหาเรื่องการใช้สิทธิโดยสุจริต เป็นปัญหาเรื่องอำนาจฟ้อง ซึ่งเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และถึงแม้คู่กรณีมิได้ยกขึ้นต่อสู้หรือกล่าวอ้างในคดี ศาลย่อมหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้เองตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5)⁵⁵

3) หลักสุจริตมีลักษณะเป็นบททั่วไป

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปที่สามารถนำไปปรับใช้ได้ทั่วทั้ง ระบบกฎหมายทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ซึ่งถ้ากรณีใดมีบท กฎหมายพิเศษที่ต้องปรับใช้ กฎหมายพิเศษย่อมมาก่อนกฎหมายทั่วไป แต่เมื่อไม่มีบทเฉพาะหรือ

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 155 วรรคหนึ่ง การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็น ข้อต่อสู้บุคลภายนอกรับผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้

⁵⁵ ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบ Civil Law และ common Law (น. 72-75). ก เล่มเดิม.

บทพิเศษจะปรับใช้แล้วจึงจะหันมาปรับใช้หลักสุจริต อาจกล่าวได้ว่า หลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะนำมาปรับใช้ได้ในฐานะเป็นที่พึงสุทัย แต่การใช้สิทธิ การชำระหนี้ หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามบทกฎหมายอันเกิดจากสัญญาที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายพิเศษนั้นๆ จะต้องชอบด้วยหลักสุจริตด้วย หากไม่ชอบด้วยหลักสุจริตย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกรณีที่ต้องด้วยกฎหมายพิเศษนั้นๆ และต้องหันมาพิจารณาตามจารีตประเพณีหรือโดยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียง หากไม่มีก็ต้องปรับใช้หลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป การใช้สิทธิ การชำระหนี้ หรือการปฏิบัติหน้าที่ต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของหลักสุจริตอยู่ดี ซึ่งการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหรือต้องห้ามตามกฎหมายด้วย ตัวอย่างเช่น มีเจ้าของร้านร้านหนึ่งได้ทำการจ้างช่างเขียนเครื่องหมายการค้าร้านตัวเองไว้แล้วแต่ยังไม่ได้นำไปใช้ ต่อมาผู้จัดการของร้านนั้นได้ออกไปตั้งร้านของตนเอง แล้วนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้ ดังนั้น แม้ผู้จัดการร้านที่ออกไปตั้งร้านใหม่จะใช้เครื่องหมายการค้าก่อนเจ้าของร้านที่จ้างช่างเขียนไว้แล้วก็ตาม แต่การใช้เครื่องหมายการค้านั้นย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ไม่อาจอ้างการใช้ชนเจ้าของร้านซึ่งได้ใช้เครื่องหมายการค้าและได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วได้ แม้เจ้าของร้านจะใช้และจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในภายหลังแล้วก็ตาม จากตัวอย่างนี้แม้หลักการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้เครื่องหมายการค้าในมาก่อนตามหลักมาก่อนได้ก่อน แต่ในเมื่อผู้ใช้สิทธิก่อนนั้นใช้สิทธิโดยฝ่าฝืนความซื่อสัตย์และไว้วางใจ ทั้งที่ตนเคยเป็นผู้จัดการร้านที่เจ้าของร้านจ้างช่างเขียนเครื่องหมายการค้าไว้ก่อนแล้ว การใช้สิทธิเช่นนี้ย่อมไม่สุจริต และย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า เจ้าของร้านย่อมมีสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้นดีกว่า กรณีเดียวกันนี้แม้ไม่นำไปใช้แต่นำเครื่องหมายการค้าไปคัดแปลงและจดทะเบียนใช้กับสินค้าประเภทอื่น ถ้าเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะคล้ายกันก็ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเช่นกัน และเมื่อหลักสุจริตมีลักษณะเป็นหลักทั่วไป ทำให้เนื้อหาของหลักสุจริตไม่ตายตัว ดังนั้น จำเป็นต้องพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมและซึ่งนำหน้าประกอบเสียก่อนที่จะวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดสอดคล้องหรือขัดกับหลักสุจริต โดยการวินิจฉัยข้อพิพาท ผู้พิพากษาจะต้องอาศัยเกณฑ์มาตรฐานความประพฤติที่แน่นอนที่มีอยู่หรือเป็นที่รับรู้กันอยู่แล้ว เป็นแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องนั้น มิใช่อาศัยเพียงแต่ความรู้สึกส่วนตัวหรืออาศัยแต่เพียงดุลพินิจเพื่อความเป็นธรรมเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยเท่านั้น⁵⁶

4) หลักสุจริตมีลักษณะเพื่อความไม่ขัดแย้ง

หลักสุจริตใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่า การกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายจะสนับสนุนหรือประนามหรือไม่ ซึ่งมาตรฐานหรือเครื่องชี้วัด

⁵⁶ แหล่งเดิม. (น. 75-89).

ที่ว่านี้เป็นข้อความทั่วไปที่มีลักษณะที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน และในการตีความด้วยทฤษฎีหมาย ผู้ตีความจะต้องใช้วิจารณ์ญาณและดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องของทุกประการ รวมถึงต้อง ชั่งน้ำหนักให้ต้องแก่เสียก่อนว่ามีความหมายเช่นไร เพื่อให้ถูกต้องเหมาะสมกับเรื่องหรือปัญหา ข้อพิพาทที่กำลังพิจารณา ทั้งนี้ ความหมายของคำว่าสุจริตมีความหมายที่กว้างมาก ขึ้นอยู่กับ พฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละกรณีฯ ไป⁵⁷

5) หลักสุจริตมีลักษณะเป็นบทครอบจักรวาล

บทบัญญัติที่เป็นแม่บทหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้ได้กับทุกเรื่อง ในประเทศ เยอรมันเป็นประเทศแรกที่บัญญัติรับรองหลักสุจริต ถือว่าหลักสุจริตเป็นบทครอบจักรวาล⁵⁸ ซึ่งลักษณะของหลักสุจริตที่เป็นบทครอบจักรวาลนี้ จะมีลักษณะที่ว่าเรื่องใดที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ เรื่องนั้นอยู่แล้ว หลักสุจริตก็ยังสามารถใช้เป็นมาตรฐานเพื่อชี้ว่าการกระทำตามบทบัญญัติของ กฎหมายนั้นได้กระทำขัดต่อหลักความซื่อสัตย์หรือความไว้วางใจหรือไม่⁵⁹

2.4 บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริต

เนื่องจากหลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นนามธรรม หากที่จะอธิบายให้ชัดเจนได้ การนำหลัก สุจริตมาปรับใช้ให้เป็นรูปธรรม จำต้องศึกษาถึงบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตที่มีการคลี่คลาย ออกมาในทางรูปธรรมแล้ว โดยหลักสุจริตมีบทบาทหน้าที่ ดังนี้

2.4.1 ใช้เสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างของกฎหมายหรือสัญญาให้สมบูรณ์ขึ้น

ในกรณีที่สัญญามีได้กำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีที่เป็นปัญหาไว้ ช่องว่างของสัญญา นั้นจำเป็นต้องถูกอุดโดยการตีความไปในทางเสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างนั้น⁶⁰ ดังเช่นหน้าที่ระหว่าง คู่สัญญา หรือเจ้าหน้าที่กับลูกหนี้ ที่แม้ในกฎหมายหรือภายในสัญญามีได้มีการกำหนดหน้าที่ในการ ปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามสัญญาต่อกันไว้ แต่ศาลสามารถตีความว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมี หน้าที่ได้ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเรียก หน้าที่ข้างเคียง ตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งภายหลังจากสัญญาเช่าบ้าน ได้สิ้นสุดลงเนื่องจากครบกำหนดอายุสัญญา ผู้เช่าก่อนที่จะย้ายออกไปได้ติดประกาศบอกที่อยู่ใหม่

⁵⁷ หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รอง ศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ข เล่มเดิม.

⁵⁸ การใช้สิทธิโดยสุจริต (น. 22). เล่มเดิม.

⁵⁹ หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รอง ศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ข เล่มเดิม.

⁶⁰ Martijn Hesselink. *Toward a European Civi Code*. p. 294 (อ้างอิงใน อภิชาติ คงชาติ. (2545). *หลักการตีความสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 98), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย)

ของตนไว้หน้าบ้านเช่าเพื่อแจ้งให้แก่ผู้ที่อาจมาติดต่อตนได้ทราบว่าตนได้ย้ายออกไปอยู่ที่ใหม่แล้ว แต่ผู้ให้เช่าซึ่งเป็นเจ้าของบ้านเช่ากลับนึกประกาศที่ติดไว้หน้าบ้านนั้นเสีย เมื่อข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาล ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่า แม้ตามกฎหมายหรือสัญญาจะมีได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ แต่ผู้ให้เช่าถือว่ามีหน้าที่ข้างเคียง ที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์ และจะต้องยอมให้ผู้เช่าเดิมต้องปิดประกาศเช่นนั้น การเลิกประกาศออกไปเช่นนี้ถือว่าผู้ให้เช่าประพฤติฝ่าฝืนต่อหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจอันมีแก่กันระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่า⁶¹

หน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมแยกย่อยออกไปได้หลายกรณี ได้แก่

1) หน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์ หมายความว่า หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงไปตรงมา เพื่อคุ้มครองประโยชน์ที่คาดหมายได้ของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยกลุ่มสัญญามีหน้าที่ต้องคุ้มครองให้สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ หรือต้องทำให้แน่นอนว่ากลุ่มสัญญาอีกฝ่ายจะยังได้รับประโยชน์ที่คาดหมายไว้ตามสัญญา⁶²

2) หน้าที่ใช้ความระมัดระวังแก่ชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาอีกฝ่าย หมายความว่า กลุ่มสัญญาต้องใช้ความระมัดระวังมิให้กลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหรือทรัพย์สินของอีกฝ่ายเสียหาย ในระหว่างปฏิบัติการชำระหนี้ โดยมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มกรณีในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิหรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้น ทั้งก่อน ระหว่าง หรือหลังที่สัญญานั้นสิ้นสุดแล้ว⁶³

3) หน้าที่ให้ความร่วมมือ ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หมายความว่า กลุ่มสัญญามีหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมที่จะต้องให้ความร่วมมือ ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เพื่อให้บรรลุผลวัตถุประสงค์ตามสัญญา ยิ่งหากความร่วมมือของฝ่ายหนึ่งจำเป็นแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหากกลุ่มสัญญาไม่ให้ความร่วมมือต้องถือว่าไม่ปฏิบัติหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมตามสัญญา⁶⁴

4) หน้าที่แนะนำ เปิดเผย หรือแจ้งเดือนข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่สำคัญให้อีกฝ่ายทราบ หมายความว่า กลุ่มสัญญามีหน้าที่แนะนำอีกฝ่ายหนึ่ง หรือให้ข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของตน หรือข้อมูลที่ตนง่ายแก่การเข้าถึง หรือต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของตน และข้อมูลนี้จำเป็น

⁶¹ หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ข เล่มเดิม.

⁶² จาก *หลักการตีความสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น.98-99), โดย อภิชาติ คงชาติ, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶³ *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (Good Faith & Supervening Events) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย* (น. 91-92), ก เล่มเดิม.

⁶⁴ *หลักการตีความสัญญา* (น. 110), เล่มเดิม.

ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น เครื่องซักผ้าเกิดการชำรุดบกพร่องภายหลังส่งมอบ ผู้ซื้อต้องการให้พ่อค้าซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเครื่องใหม่ แต่สัญญามิได้กำหนดกรณีดังกล่าวไว้ ดังนั้น เมื่อเครื่องซักผ้ามีได้ชำรุดบกพร่องในตัวของมันเอง หากแต่ผู้ขายละเลยไม่แจ้งข้อมูลที่จำเป็นในการติดตั้ง การใช้ และการบำรุงรักษา ถือว่าฝ่ายนั้นฝ่าฝืนหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมในการแนะนำ เปิดเผย หรือแจ้งเตือนให้อีกฝ่ายทราบ⁶⁵ นอกจากนี้หากคู่กรณีฝ่ายใดเป็นผู้มีความน่าเชื่อถือหรือได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษว่ามีความรู้ความชำนาญในสาระอันเป็นสำคัญของสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายนั้นย่อมมีหน้าที่แนะนำ เปิดเผย หรือแจ้งข้อมูลนั้นๆ ด้วย เช่น ธนาคารมีหน้าที่อธิบายหรือทำความเข้าใจแก่ลูกค้าของตน⁶⁶

2.4.2 ใช้แก้ไขเนื้อหาในสัญญาให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

การใช้หลักสุจริตในการปรับแก้เนื้อหาแห่งสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกรณีที่เกิดพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปถึงขั้นกระทบต่อรากฐานแห่งสัญญา เป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้และเปลี่ยนแปลงสถานะที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญาไปอย่างมาก จึงจำเป็นต้องแก้ไขเนื้อหาสัญญาแต่เดิมให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เศรษฐกิจของเยอรมันตกต่ำอย่างหนัก สถานะเงินเฟ้อพุ่งขึ้นสูง เหรียญทองคำ 1 มาร์ก เยอรมันมีมูลค่าแลกเปลี่ยนเป็นธนบัตรมูลค่า 52,200 ล้านมาร์ก บ้านเมืองสับสนวุ่นวาย ศาลสูงเยอรมันจึงต้องตัดสินคดีตามคำพิพากษา RGZ 107,78 ในวันที่ 28 พฤศจิกายน 1923 คดีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้กู้ได้ตกลงกู้เงินจากผู้ให้กู้ จำนวน 13,000 มาร์ก โดยจำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง ค่าเงินของเยอรมันได้ตกลงไปอย่างมากถ้าเทียบกับก่อนสงคราม ผู้กู้จึงนำเงินตามจำนวนที่ 13,000 ล้านมาร์ก พร้อมดอกเบี้ยไปชำระให้แก่ผู้ให้กู้ แต่ผู้ให้กู้ปฏิเสธ โดยอ้างว่า ค่าเงินตกลงมากแล้ว และหากยอมรับชำระหนี้ มูลค่าของเงินที่ได้ไว้จะต่ำกว่ามูลค่าในเวลาที่ยุ้หลายล้านเท่า ผู้ให้กู้จึงเรียกให้ผู้กู้นำเงินมาชำระหนี้ให้เทียบเท่ามูลค่าเดิมในเวลาที่ยุ้ ผู้กู้เห็นว่า สัญญาที่มีการกำหนดจำนวนหนี้เงินกันไว้อย่างชัดเจนแล้ว ตนจึงควรที่จะชำระหนี้ตามอัตราที่เป็นหนี้ตามสัญญานั้น จึงนำเงินจำนวน 13,000 มาร์ก พร้อมดอกเบี้ยไปวาง ณ สำนักงานวางทรัพย์ และฟ้องให้จดทะเบียนปลดจำนอง ศาลต้นและศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยตามฟ้องของผู้กู้ แต่ศาลฎีกาได้พิพากษากลับโดยนำมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่กำหนดให้

⁶⁵ Hein Kotz. *Towards a European Civil Code*. p. 280. (อ้างถึงใน อภิชาติ คงชาติ. (2545).

หลักการตีความสัญญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 113), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

⁶⁶ *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้*. (*Good Faith & Supervening Events*) ใน *ระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย* (น. 92) ก เล่มเดิม.

ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยให้สอดคล้องกับหลักสุจริตมาปรับใช้ โดยให้ปรับจำนวนเงินที่ต้องชำระหนี้กันเสียใหม่ให้เหมาะสมกับมูลค่าเงินที่เปลี่ยนแปลงไป⁶⁷

2.4.3 ใช้ควบคุมหรือจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

การใช้หลักสุจริตในกรณีนี้เป็นการใช้หลักสุจริตในฐานะที่เป็นเครื่องกีดกันมิให้อ้างสิทธิในทางที่ผิด อาจมีได้หลายกรณี เช่น ห้ามใช้สิทธิตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุผลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ห้ามใช้สิทธิไปในทางที่จะเสียหายแก่ผู้อื่น ห้ามใช้สิทธิกระทำการไปในทางฝ่าฝืนความเชื่ออันเกิดจากพฤติกรรมก่อน ๆ ของตน ซึ่งเป็นหลักคล้ายกับกฎหมายปิดปากของอังกฤษ แต่หลักสุจริตจะมีลักษณะที่กว้างกว่า⁶⁸

2.4.4 ใช้ตีความข้อสัญญาทางธุรกิจ

กฎหมายต่างๆ ได้พยายามตีความข้อสัญญาทางธุรกิจ หรือข้อสัญญาสำเร็จรูปอย่างเคร่งครัด ซึ่งหลักสุจริตถือว่ามิมีบทบาทในการตีความสัญญาดังกล่าว โดยจะต้องตีความโดยพิเคราะห์ถึงหลักความเป็นธรรม⁶⁹

2.4.5 ใช้ตีความเจตนา

หลักสุจริตจะเข้ามามีบทบาทในการตีความสัญญาที่ครอบคลุมเพื่อค้นหาเจตนาของบุคคล กล่าวคือ เมื่อไม่อาจค้นหาเจตนาร่วมกันของกลุ่มสัญญาที่แท้จริงได้ ไม่ว่าจะเพราะไม่อาจพิสูจน์เจตนาที่แท้จริงได้ หรือกลุ่มสัญญาเข้าใจความหมายของข้อตกลงต่างกัน ก็จำเป็นต้องถือเอาตามความเข้าใจของวิญญูชนมาเป็นเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาของกลุ่มสัญญา⁷⁰

⁶⁷ แหล่งเดิม. (น. 40-41).

⁶⁸ แหล่งเดิม. (น. 93).

⁶⁹ หลักการตีความสัญญา (น. 125). เล่มเดิม.

⁷⁰ แหล่งเดิม. (น. 97).

บทที่ 3

แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายกับประชาชน นอกจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันได้แก่ การออกกฎ คำสั่ง แล้ว ฝ่ายปกครองอาจใช้การดำเนินการอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับประชาชนที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง เข้ามาใช้เพื่อให้การดำเนินการเช่นนั้นให้บรรลุวัตถุประสงค์ โดยฝ่ายปกครองกับเอกชนอาจเข้าทำสัญญากันในกิจกรรมหลากหลายประเภท เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง อาคาร ถนน สัญญาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ สัญญาสัมปทาน เป็นต้น โดยในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาอย่างช้านานและเป็นระบบ มีการจำแนกหลักเกณฑ์พิเศษเพื่อใช้สำหรับพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ซึ่งประเทศไทยก็มีการนำหลักเกณฑ์ของประเทศเหล่านั้นมาพัฒนาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น จึงสมควรที่จะศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ เพื่อเข้าใจถึงพัฒนาการในเรื่องสัญญาทางปกครองของไทยที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน

3.1 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน การทำสัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ซึ่งในความหมายของความเสมอภาคนี้ ได้แก่ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถกำหนดข้อสัญญากันด้วยความเสมอภาค อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาของทั้งสองฝ่ายเป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในสัญญาทางปกครองจะมีไม่เช่นนั้น เพราะสัญญาทางปกครองมีลักษณะที่มีความเป็นคำสั่งหรือข้อบังคับ ในการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องยอมรับในความไม่เท่าเทียมกันของข้อกำหนดในสัญญานั้น¹

¹ จาก สัญญาทางปกครอง (น. 372-373), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

แนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองมีการพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชน มีข้อคิดที่สำคัญว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ หลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คือ ทฤษฎีบริการสาธารณะ และทฤษฎีอำนาจมหาชน²

3.1.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

วัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือทำกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและการบริการสาธารณะ โดยการดำเนินการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม ส่วนกิจกรรมทางปกครองนั้นต้องวางอยู่บนหลักการบริการสาธารณะ สำหรับวิธีการที่ทำให้การบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองบรรลุผล มี 2 วิธี คือ หนึ่ง การใช้อำนาจฝ่ายเดียวออกกฎ หรือคำสั่ง เรียกว่าการใช้อำนาจมหาชน ซึ่งเอกชนจะถูกบังคับให้ต้องยอมปฏิบัติตาม เช่น คำสั่งให้เอกชนรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ นิติสัมพันธ์ดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจผูกนิติสัมพันธ์เช่นนี้ได้ วิธีที่สอง คือ ฝ่ายปกครองใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ เนื่องจากในการดำเนินการหรือทำกิจกรรมทางปกครองต่างๆ ไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับเอาจากกฎหมาย จึงต้องนำรูปแบบของสัญญามาใช้แทน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญา³

การบริการสาธารณะเป็นหัวใจที่สำคัญของกฎหมายมหาชน โดยจะเข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้การดำเนินกิจการใดๆ ก็ตามให้อยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสม เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดี ซึ่งตามหลักแล้วการบริการสาธารณะจะต้องมุ่งตอบสนองความต้องการของส่วนรวม ดังนั้น หากปล่อยให้การดำเนินกิจการดังกล่าวเป็นไปตามหลักของการแข่งขันเสรี อาจทำให้ประชาชนส่วนใหญ่ต้องเดือดร้อน รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาเพื่อแทรกแซงหรือควบคุมมิให้ประโยชน์สาธารณะต้องเสียหาย⁴ ในประเทศที่ยึดมั่นในหลักนิติรัฐ การกระทำใดๆ ของรัฐจะต้องคำนึงและเคารพต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนและกฎหมาย ฝ่ายรัฐไม่สามารถกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจ ซึ่งเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้จะคอยควบคุมให้การกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหลัก ความชอบด้วยกฎหมายก่อตั้งขึ้นจาก

² จาก สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 7), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

³ โภคิน พลกุล. (2547, มกราคม-เมษายน). จาก สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย. วารสารวิชาการ ศาลปกครอง, 4,1, น. 21.

⁴ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น.9). เล่มเดิม.

หลักเกณฑ์อันมีพัฒนาการมาจากอำนาจทางการเมืองผ่านวิธีการทางฝ่ายนิติบัญญัติกับอำนาจฝ่ายตุลาการที่ผ่านบรรทัดฐานทางคดีที่พิพาท⁵

หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขว่ากิจการใดจะเป็นบริการสาธารณะหรือไม่เป็น มีเงื่อนไขดังนี้

1) กิจการนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน

2) กิจการนั้นต้องกระทำโดยนิติบุคคลมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้แก่กิจการที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการเอง รวมถึงเป็นกรณีที่มีการมอบกิจการบางประเภทให้ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย⁶

3) หากกิจการใดหยุดดำเนินการแล้วจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย และก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม เช่น ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1910 เกิดการนัดหยุดงานของพนักงานรถไฟในฝรั่งเศส ซึ่งกรณีดังกล่าวแม้จะเกิดขึ้นบางส่วนและกินเวลาไม่นาน แต่ก็ทำให้การขนส่งรวมถึงการเดินทางของภาคเอกชนและประชาชนต้องหยุดชะงักลง ส่งผลให้เกิดความเดือดร้อนและความวุ่นวายแก่ผู้ใช้บริการขนส่งโดยสารทางรถไฟ รถไฟจึงเป็นการให้บริการสาธารณะที่กฎหมายต้องกำหนดให้รัฐมีอำนาจเข้าไปแทรกแซงหรือดำเนินการนั้นได้⁷

การบริการสาธารณะตกอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่อง และหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือควบคุมดูแลบริการสาธารณะโดยให้เป็นที่ไปตามหลักความเสมอภาค ก็เพื่อให้ประชาชนในถิ่นทุรกันดารมีโอกาสได้รับบริการสาธารณะที่จำเป็นเช่นเดียวกันกับคนในเมืองอย่างเท่าเทียมกัน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกันทั้งหมด ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันนั้น ที่จริงแล้วมีความหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน⁸

⁵ Jacques VIGUIER. (2005). *Le contentieux administratif*. 2^e édition, Paris : Dalloz, Coll.

Connaissance du droit. p. 1 (อ้างถึงใน พัทธมา จิตรมหีมา. (2553). ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3. น. 4).

⁶ *สัญญาทางปกครอง* (น. 26). เล่มเดิม.

⁷ Léon DUGUIT. (1928). *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2. 3^e édition, Paris : E. de Boccard. p. 57 (อ้างถึงใน พัทธมา จิตรมหีมา. (2553). ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3. น. 5).

⁸ *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย* (น. 14). เล่มเดิม.

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ข้อสังเกตไว้ว่า “... หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน”⁹

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่อรองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะโดยวางหลักไว้ว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ปราบกฏตามคำวินิจฉัยคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 และคำวินิจฉัยคดี Société des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 ที่วางหลักแห่งความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะไว้ว่า คนทุกคนซึ่งใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ส่วนแนวคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีได้หลักดังกล่าวไว้โดยตรง แต่ในคำวินิจฉัยที่ 81.130 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1981 ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายนั้นจะใช้กับกรณีที่บุคคลต่างๆ อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน จะนำมาใช้กับบุคคลและสถานการณ์ที่ต่างกันไม่ได้¹⁰

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

การบริการสาธารณะเป็นการสนองความต้องการของส่วนรวมและจะหยุดชะงักไม่ได้ ต้องมีความต่อเนื่อง มิฉะนั้นจะทำให้สังคมเกิดความยุ่งเหยิง และอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม กระทบต่อความปลอดภัยสาธารณะ รวมถึงกระทบต่อปัญหาสุขอนามัยของประชาชน ความต่อเนื่องจึงเป็นหัวใจที่สำคัญของการบริการสาธารณะ การบริการสาธารณะทุกประเภทจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักดังกล่าว และรัฐจะต้องให้หลักประกันในความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะผู้ดำเนินการสาธารณะนั้นจะเป็นฝ่ายรัฐ หรือผู้ที่รัฐมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐและอยู่ภายใต้ความควบคุมของรัฐก็ตาม หลักประกันความต่อเนื่องที่เห็นได้จากการห้ามมิให้มีการนัดหยุดงานของข้าราชการ หรือในการลาออกข้าราชการต้องได้รับการอนุมัติก่อนเพื่อให้หน่วยงานเตรียมการคัดสรรผู้ที่มาทำหน้าที่แทนได้ ซึ่งเป็นไปตามระบบราชการของไทยและฝรั่งเศส¹¹

ความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะไม่มีลักษณะเป็นมาตรฐานที่ตายตัวแน่นอนอบบางประเภทของการบริการสาธารณะฝ่ายรัฐต้องจัดให้มีอย่างถาวรและจะต้องจัดให้มีอยู่ตลอดเวลา

⁹ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 39), โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁰ Alain-Serge MESCHERIAKOFF. (1991). *Droit des services publics*. p. 139-141 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, น. 44,46).

¹¹ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 12). เล่มเดิม.

ทุกๆ วัน อาทิเช่น การรักษาพยาบาล การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ เป็นต้น แต่บางประเภทของการบริการสาธารณะ ไม่มีความจำเป็นที่ฝ่ายรัฐจะต้องจัดทำให้ อย่างถาวร แต่ก็ต้องดำเนินการอย่างสม่ำเสมอตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์บางประการ อาทิเช่น การศึกษาที่สามารถกำหนดวันทำการ วันหยุดการเรียนการสอนได้ เป็นต้น¹²

ในส่วนของการบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายรัฐจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนในรูปแบบของการทำสัญญา แต่ฝ่ายปกครองยังต้องรับผิดชอบในเรื่องของความต่อเนื่องในกิจการที่มอบหมายให้เอกชนไปดำเนินการแทน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ คือ ฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้ถ้าหากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการตอบสนองความต้องการของประชาชนในการบริการสาธารณะ นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขที่สามารถลงโทษเอกชนโดยเข้าไปทำแทนหรือยึดเอาบริการสาธารณะนั้นกลับมาทำเองได้เพื่อให้บริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง อีกทั้ง หากเกิดเหตุการณ์บางอย่างที่ไม่อาจคาดหมายได้จนทำให้ฝ่ายเอกชนผู้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายได้ตามปกติต่อไป ฝ่ายรัฐสามารถเข้าไปปรับการร่วมกันบางส่วนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อมิให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงได้ด้วย¹³

หลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะจะเกี่ยวข้องกับบุคคลอยู่ 3 กลุ่ม ได้แก่ ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมให้บริการสาธารณะดำเนินการไปอยู่ตลอดเวลาไม่ให้หยุดชะงัก มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ผู้รับผิดชอบสัญญาไฟจราจร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อันได้แก่ ข้าราชการ ตำรวจ ทหาร ซึ่งจะนัดหยุดงานไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดดังกล่าวได้รับการผ่อนปรน โดยกฎหมายยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทนัดหยุดงานได้ คือ พนักงานรัฐวิสาหกิจ นอกจากนี้ยังรวมถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดไป แม้ว่าจะเกิดอุปสรรคและความยุ่งยากในการปฏิบัติตามสัญญาเพียงใด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นจะตกเป็นพันธวิสัย¹⁴

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับเหตุการณ์ รวมถึงเพื่อให้เข้ากับความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่อาจมีการพัฒนาขึ้น

¹² สัญญาทางปกครอง (น. 29-30). เล่มเดิม.

¹³ Gilles J. GUGLIELMI. (1994). *Introduction au droit de services publics*. p. 42-43 (อ้างอิงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). *สัญญาทางปกครอง*. น. 30).

¹⁴ สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย (น. 22). เล่มเดิม.

ในอนาคตด้วย จึงกล่าวได้ว่า หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมีความหมายถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันสมัย ให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยให้มีการพัฒนาอยู่เรื่อยๆ เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการหรือเพื่อประโยชน์มหาชนนั่นเอง¹⁵

นอกจากหลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่อง และหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงที่เป็นหลักการที่สำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว หลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะก็เป็นหลักการที่สำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะด้วยเช่นกัน หลักการบริการสาธารณะต้องมีลักษณะที่เป็นกลาง บุคคลไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติในการเข้ารับบริการภายใต้เงื่อนไขรวมถึงยอมมีสิทธิได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกันตามสถานะของผู้นั้นด้วย หลักความเป็นกลางเป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย¹⁶

3.1.2 ทฤษฎีอำนาจมหาชน

ทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นหลักพื้นฐานของการพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยจะมีการกำหนดให้อำนาจมหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเสมอ อำนาจมหาชนจะถูกใช้เครื่องมือที่รัฐจะใช้เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล หรืออาจกล่าวได้ว่ารัฐใช้อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการบริการสาธารณะนั่นเอง และไม่ว่ารัฐจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะแทนหรือไม่ก็ตาม อำนาจมหาชนก็ยังคงอยู่กับรัฐและไม่อาจสละทิ้งไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมได้นั่นเอง¹⁷

3.2 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

คำว่า “สัญญาทางปกครอง” แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสจากคำว่า *contrats administratifs* สัญญาของฝ่ายปกครอง แบ่งได้สองประเภท คือ สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนอยู่ใน

¹⁵ จาก สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 7), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2543, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

¹⁶ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 16-17). เล่มเดิม.

¹⁷ แหล่งเดิม. (น. 17-19).

สถานะที่เท่าเทียมกัน จึงตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลยุติธรรมจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและระงับข้อพิพาทดังกล่าว¹⁸

การทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันตามหลักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคและความยินยอมของกลุ่มสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา การกำหนดสิทธิและหน้าที่ในสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางปกครองที่ไม่อาจนำหลักความเสมอภาคมาใช้ได้ เพราะสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสไม่อาจอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญาได้ เนื่องจากในฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยมีวัตถุประสงค์ที่วางอยู่บนหลักการบริการสาธารณะ ซึ่งการที่จะให้ฝ่ายปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้นั้น ฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจหรือสิทธิพิเศษทางมหาชน และสามารถใช้อำนาจหรือสิทธิพิเศษนั้นฝ่ายเดียวบังคับหรือออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติตามได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนก่อน ยกตัวอย่าง สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น เขตปกครองเทศบาลส่วนท้องถิ่นในฝรั่งเศส เป็นเจ้าของอาคาร มีการหารายได้จากค่าเช่าที่พักอาศัย สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างตนกับประชาชนผู้เช่า จะทำในรูปแบบสัญญาเช่าทางแพ่ง สัญญาดังกล่าวจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนซึ่งก็คือกฎหมายแพ่ง และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เป็นต้น¹⁹

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีลักษณะและผลของสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน บางกรณีศาลปกครองจะไม่ใช้หลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชนบังคับแต่จะสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาโดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในสภาวะที่เหมาะสม โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นมี 2 ประการคือสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ²⁰

3.2.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ ได้อธิบายว่า ในกฎหมายฝรั่งเศส มีบางกรณีที่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญา

¹⁸ แหล่งเดิม. (น. 20-21).

¹⁹ จาก ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, โดย พัทธมา จิตรมหีมา, 2553, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3. น. 12-14.

²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโน. (5-7 กุมภาพันธ์ 2529). สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. น. 77-78.

ทางปกครอง แต่ก็เป็นส่วนน้อยเพราะในทางปฏิบัติทำได้น้อย เนื่องจากต้องผ่านสภานิติบัญญัติ ในระบบรัฐสภา ส่วนใหญ่การบัญญัติโดยสภานิติบัญญัติมักจะบัญญัติโดยทางอ้อมว่าให้สัญญานั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งมีผลให้ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายปกครอง ขึ้นมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาทางแพ่ง อาจมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นกรณีพิเศษก็ได้ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนี้ก็ต้องถือว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยการบัญญัติ โดยกฎหมาย โดยตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในอำนาจของ ศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ถูกกำหนดไว้ในรัฐ กฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ สัญญากู้ยืมเงิน ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1790 และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1793 และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ²¹

3.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

หลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพประกอบด้วย หลักเกณฑ์เกี่ยวกับ คู่สัญญา และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญา

3.2.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จะต้องมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลใน กฎหมายมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง อันได้แก่ รัฐ องค์กรอื่นของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง องค์กร ส่วนท้องถิ่น เสมอ สัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แม้จะมีเนื้อหา เกี่ยวข้องกับการดำเนินการสาธารณะก็ตาม ดังเช่น คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1961 ในคดีที่ผู้รับจ้างก่อสร้างทางหลวงซึ่งเป็นเอกชนไปว่าจ้างเอกชนผู้รับเหมาช่วงให้มาช่วยงาน ก่อสร้างทางหลวง สภาแห่งรัฐถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง หลักดังกล่าวมีการยึดถือกันอย่างเคร่งครัด จนต่อมาแนวคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปโดยถือว่าสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนก็อาจมี ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ถ้าฝ่ายเอกชนทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แนวความคิด เช่นว่านี้ก็คือแนวคิดในเรื่องผู้แทนและตัวแทนของฝ่ายปกครองโดยเอกชนนั่นเอง²²

คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1975 สภาแห่งรัฐได้พิจารณาถึง ความสัมพันธ์ระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทผู้รับสร้างทางที่เข้าทำสัญญา โดยบริษัทดังกล่าวรัฐ

²¹ ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 25-26). เล่มเดิม.

²² แหล่งเดิม. (น. 28).

ได้ถือหุ้นเกินครึ่งหนึ่ง โดยสภาแห่งรัฐถือว่าบริษัทที่รับเหมาช่วงจากบริษัทแรกเป็นตัวแทนกรมทางหลวง เพราะได้รับเหมาช่วงโดยทำสัญญาภายใต้ข้อกำหนดในสัญญาที่กรมทางหลวงได้กำหนด เมื่อบริษัทแรกไปทำสัญญาให้อีกบริษัทรับเหมาช่วง จึงเป็นการทำแทนกรมทางหลวง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง²³

3.2.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา

1) ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการบริการสาธารณะ กล่าวคือ

(1) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

สัญญาดังกล่าวแม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ศาลก็จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอยู่แล้ว เพราะการก่อสร้างหรือบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณะประโยชน์เป็นการปฏิบัติการในการบริหารกิจการแบบมหาชน ซึ่งทางหน่วยงานของรัฐมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วยหลายประการ สัญญาดังกล่าวแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรก เรียกว่าสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายรัฐว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยฝ่ายเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินค่าจ้าง กลุ่มที่สอง เรียกว่า สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะประโยชน์ โดยฝ่ายรัฐจะให้สัมปทานแก่ฝ่ายเอกชนที่เป็นคู่สัญญาในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์สำหรับประโยชน์สาธารณะและให้ผู้รับสัมปทานฝ่ายเอกชนมีสิทธิแสวงหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น และผู้รับสัมปทานฝ่ายเอกชนจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการอสังหาริมทรัพย์เป็นค่าตอบแทน²⁴

(2) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง มีอยู่ 3 ประเภท²⁵

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

โดยสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งบริการสาธารณะนั้นอาจมีลักษณะทางปกครองหรือลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้ ทั้งนี้ สัญญาประเภทดังกล่าว นิติบุคคลมหาชน

²³ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 82). เล่มเดิม.

²⁴ สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 31-23). เล่มเดิม.

²⁵ René Chapus. (1987). *Droit administratif général. I^o*, Edition Montchrestien. pp. 419-422 (อ้างถึงในบุบผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย. น. 33-35).

เท่านั้นที่จะทำได้ เช่น ตัวอย่างคำวินิจฉัยในคดี Epoux Bertin ค.ศ. 1956 เป็นสัญญาว่าจ้างด้วยวาจาของทางราชการที่ให้คู่สมรส Bertin จัดทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอการกลับส่งประเทศสภาแห่งรัฐพิจารณาว่า สัญญานี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ให้คู่สมรส Bertin ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งบริการสาธารณะนี้ได้แก่ การเลี้ยงคนต่างชาติเพื่อรอส่งกลับประเทศนั่นเอง

2. สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างผู้ดูแลเด็กโดยสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล สัญญาจ้างอาจารย์โดยสถาบันการศึกษา เป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีการว่าจ้างบุคคลให้ทำหน้าที่เฉพาะด้านที่ตรงกับการบริการสาธารณะนั้น

3. สัญญาที่ทำกับผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลนั้นอันเป็นการดำเนินบริการสาธารณะทางด้านการปลูกป่าโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐในคดี Consorts Grimouard ค.ศ. 1956)

(3) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทดังกล่าวมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ แต่เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชนโดยแท้ สัญญาประเภทดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร เป็นต้น²⁶

2) สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษปรากฏในสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากซึ่งข้อกำหนดนี้ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

ข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตั้งอยู่บนสมมุติฐานสองแนวคิด แนวคิดแรก การกำหนดข้อสัญญาเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่มุ่งหมายให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและบังคับใช้ในระบบกฎหมายมหาชน แนวคิดที่สอง ข้อกำหนดพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติ เนื่องจากจะไม่พบข้อกำหนดนี้ในสัญญาแพ่งธรรมดาเพราะมีเนื้อหาของสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน โดยข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่²⁷

²⁶ René Chapus. (1987). *Droit administratif général*. 1^e, Edition Montchrestien. pp. 417-418 (อ้างถึงในบุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. น. 32-33).

²⁷ จาก เรื่อง *สัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศส* (รายงานผลการวิจัย), โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, 2545, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. น. 7-9.

(1) ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสถานะหรืออำนาจบางประการที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มหน้าที่ของคู่สัญญา หรือเข้าดำเนินการแทนในกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้

(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้แก่เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก เช่น ในสัญญาสัมปทานที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานนั้น

(4) ข้อกำหนดที่ต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบหรือพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่ง เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น หลักความเสมอภาค

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เพราะอาจเป็นโมฆะได้หากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี

ลักษณะของข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาแพ่งที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครอง อาทิ เช่น ข้อความที่อาจจะขัดต่อกฎหมาย และส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะหากนำไปใส่ไว้ในสัญญาแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลย นอกจากนี้ข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบบ่อยในกฎหมายเอกชน เพราะปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา การให้อำนาจฝ่ายปกครองควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกขั้นตอน เป็นต้น²⁸

3.2.3 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

เมื่อใช้กฎหมายมหาชนมาบังคับกับสัญญาทางปกครองแล้วจะทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งหลักๆ อยู่ 2 ประการ คือ²⁹

1) สัญญาทางแพ่งเกิดจากการแสดงเจตนาสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกันในกฎหมาย ซึ่งความเท่าเทียมกันจะปรากฏในตอนก่อให้เกิดสัญญา ตอนปฏิบัติตามสัญญา ตอนแก้ไขสัญญา และตอนเลิกสัญญา แต่ในสัญญาทางปกครอง ความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาจะไม่มีฝ่ายปกครองนั้นจะมุ่งทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชน โดยสามารถแสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา คือ ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพัง

²⁸ สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 87-88). เล่มเดิม.

²⁹ แหล่งเดิม. (น. 90-91).

แต่ฝ่ายเดียว คู่สัญญาที่เป็นเอกชน ไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับ สัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเท่านั้น อีกทั้ง ในเวลาปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปได้ไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและฝ่ายปกครอง มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจฝ่ายเดียวอีกด้วย

2) สัญญาทางแพ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีเสรีภาพกว้างขวาง เสรีภาพในการเจรจา ต่อรอง ในการเลือกคู่สัญญา ข้อความของสัญญา ตลอดจนรูปแบบต่างๆ จะมีข้อจำกัดก็เพียงเรื่อง รูปแบบและวัตถุประสงค์ที่จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือพัน วิตยเท่านั้น นอกจากนี้ข้อยกเว้นนี้จะตกลงกันอย่างไรก็เป็นเสรีภาพของคู่สัญญา แต่สัญญาทาง ปกครองถือว่าฝ่ายปกครองเองไม่มีเสรีภาพเหมือนเอกชนในการทำสัญญา การเลือกคู่สัญญาก็ต้อง ใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด ฝ่ายปกครองจึงได้รับ เอกสิทธิพิเศษบางอย่างและหน้าที่พิเศษบางประการในการทำสัญญาปกครอง ซึ่งเอกชนไม่มีสิทธิ ดังกล่าวในสัญญาทางแพ่ง

3.2.4 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

3.2.4.1 สัญญาที่มอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

การมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะมีรูปแบบสำคัญ 4 รูปแบบ³⁰ คือ

1) สัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่มอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ โดยเป็นวิธีการบริหารบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมิได้ดำเนินการด้วย ตนเอง แต่มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน โดยเอกชนผู้รับมอบหมายนั้นจะเป็นผู้ลงทุน รวมถึงยอมรับความเสี่ยงภัยเช่นว่านั่นเอง ทั้งนี้ ฝ่ายเอกชนจะได้รับผลตอบแทนจากการได้รับสิทธิ ในการเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นๆ และสิ่งก่อสร้างต่างๆ เมื่อสิ้นสุดอายุของ สัญญาแล้วจะตกได้แก่ฝ่ายรัฐ สาระสำคัญของรายได้ของผู้รับสัมปทานมาจากเงินค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ ส่วนเงินอุดหนุนจากรัฐหรือรายได้อื่นเป็นเพียงรายได้เสริมเท่านั้น โดยสภาแห่งรัฐ ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาว่าโครงการใดจะเป็นโครงการที่ได้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ก็ต่อเมื่อเงินอุดหนุนจากรัฐต้องมีจำนวนน้อยกว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ

2) การมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ เป็นกรณีที่หน่วยงานของ รัฐมอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งรัฐเป็นผู้ลงทุน โดยรัฐมอบให้เอกชน เป็นผู้บริหารจัดการทรัพย์สินนั้น ซึ่งระหว่างการดำเนินงาน หากจะต้องมีการบำรุงรักษาโดย ซ่อมแซมใหญ่ในทรัพย์สินนั้น ฝ่ายรัฐจะเป็นผู้จัดการ ฝ่ายเอกชนมีหน้าที่เพียงดูแลซ่อมแซมทรัพย์สิน

³⁰ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 50-51, 62-63). เล่มเดิม.

ในกรณีที่ต้องบำรุงหรือซ่อมแซมเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งค่าตอบแทนที่ฝ่ายเอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินนั้นจะได้รับในรูปของค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ให้บริการ โดยจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ส่วนหนึ่งเป็นของเอกชนที่ได้รับมอบหมาย อีกส่วนตกแก่หน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยการมอบหมายให้เอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐนี้ ผู้รับมอบหมายจะมีความเสี่ยงน้อยกว่าผู้รับสัมปทาน และระยะเวลาตามสัญญาจะสั้นกว่า ส่วนมากไม่เกิน 10 ปี โดยกรณีนี้ใช้มากในกิจการบริการสาธารณูปโภค เช่น การจ้างให้ดำเนินกิจการประปา การจ้างทำความสะอาด เป็นต้น

3) การว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ เป็นกรณีที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชนได้รับค่าตอบแทนอย่างชัดเจนและตายตัว และจะเพิ่มผลกำไรจากผลงานที่เพิ่มขึ้นเพื่อเป็นแรงจูงใจ การดูแลรักษาทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของเอกชน ส่วนการซ่อมแซมใหญ่ รัฐเป็นผู้รับภาระค่าซ่อมแซม ส่วนการซ่อมแซมเล็กน้อยเอกชนจะรับผิดชอบ ซึ่งในส่วนของค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการที่เรียกเก็บจะถูกนำส่งเข้าหน่วยงานของรัฐทั้งหมด รัฐจะจ่ายค่าตอบแทนให้เอกชนในรูปแบบการเหมา จ่ายตามจำนวนที่ตกลงกัน และจะเพิ่มค่าตอบแทนขึ้นหากมีผลงานมากขึ้น ทั้งนี้ เอกชนจะมีอิสระพอสมควรในการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าว โดยทั่วไปสัญญาจ้างผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะดังกล่าวจะมีระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี

4) การจ้างผู้จัดการบริหารงาน มีรูปแบบการดำเนินการแทนคล้ายกับรูปแบบข้างต้น (ข้อ 3) แต่ผู้จัดการบริหารงานจะได้รับค่าตอบแทนแบบเหมาจ่ายเหมือนลูกจ้างในฐานะผู้บริหารโครงการเท่านั้น โดยค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการจะนำเข้ารัฐทั้งหมด และรัฐจะจ่ายเงินให้แก่ผู้รับดำเนินการในลักษณะเหมาจ่ายเช่นกัน อย่างไรก็ตาม โครงการลักษณะนี้มีความเสี่ยงน้อยมาก และรัฐอาจผลักภาระความเสี่ยงให้เอกชนผู้รับมอบหมายได้ เช่น ในสัญญาอาจมีข้อตกลงกำหนดถึงเป้าหมายของงาน และจะต้องทำงานให้ได้ตามเป้าหมาย หากได้ต่ำกว่าเป้าหมายผู้รับจ้างในการจัดการบริหารงานนั้นจะต้องรับผิดชอบ สัญญาดังกล่าวส่วนมากจะมีระยะเวลาประมาณ 2-5 ปี

3.2.4.2 สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ

เป็นกรณีที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้มอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ เป็นรูปแบบการผสมผสานระหว่างสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะกับสัญญาสัมปทานทั่วไป โดยเมื่อหน่วยงานของรัฐจำเป็นจะก่อสร้างงานโยธาสาธารณะแต่ตนเองไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะก่อสร้างได้เอง ฝ่ายรัฐจึงเข้าตกลงกับฝ่ายเอกชนให้ดำเนินการก่อสร้างให้ โดยฝ่ายรัฐจะจ่ายเงินคืนให้แก่เอกชนเป็นงวดๆ ลักษณะคล้ายกับการกู้ยืมเงินของเอกชนเพื่อดำเนินการก่อสร้างให้ โดยกรณีดังว่านี้มีหลักประกันหรือข้อตกลงว่าเมื่อโครงการก่อสร้างแล้วเสร็จ

เอกชนผู้ก่อสร้างมีสิทธิบริหารโครงการนั้นในรูปแบบสัมปทานได้ ทั้งนี้ ลักษณะของโครงการดังกล่าวจะมีการใช้เงินลงทุนที่สูง ซึ่งหน่วยงานของรัฐไม่สามารถผูกพันจัดทำงบประมาณเป็นระยะเวลาอันได³¹

3.2.4.3 สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินถูกกำหนดโดยกฎหมายให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดี (รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938) โดยสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น มีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาดังกล่าวจะถูกกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามรัฐกฤษฎีกาข้างต้นก็ตาม แต่ก็หมายถึงเฉพาะกรณีการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินเท่านั้น ไม่รวมถึงการเข้าครอบครองทรัพย์สินของแผ่นดินที่มีใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยแต่อย่างใด เว้นแต่ละมีกฎหมายกำหนดเป็นพิเศษ³²

3.2.4.4 สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

ศาลและนักวิชาการในฝรั่งเศสได้นิยามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้ว่า สัญญาที่คู่สัญญาของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีหรือจัดให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือบริการ เพื่อส่งมอบให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยได้รับเงินเป็นค่าตอบแทนจากรัฐ จากนิยามดังกล่าว จึงสรุปองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือบริการส่งมอบแก่รัฐ และรัฐจะจ่ายเงินเป็นค่าตอบแทน³³

3.2.5 ผลของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองย่อมมีผลแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กฎหมายฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับผลของสัญญาทางปกครองไว้หลายประการ³⁴ เช่น

1) ผลของสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาในส่วนการบังคับและการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้น กฎหมายฝรั่งเศสสร้างหลักพิเศษโดยมาจากแนวคิดที่ว่า ฝ่ายปกครองต้องกระทำกรณียกิจโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม คู่สัญญาจึงมีอาจตกลงทำสัญญาทางปกครองได้ตามเจตนาของตนเองโดยไม่พิจารณาหรือคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม อย่างไรก็ดี ไม่ว่าข้อตกลงในสัญญาทางปกครองนั้นจะเป็นเช่นไรก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ยังคงเป็นฝ่ายที่มีสิทธิพิเศษบางประการเหนือกว่าฝ่ายเอกชน ถ้าหากเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

³¹ สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 63). เล่มเดิม.

³² สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 32, 64-66). เล่มเดิม.

³³ แหล่งเดิม. (น. 67).

³⁴ ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 30-31). เล่มเดิม.

ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายเอกชน สิทธิในการแก้ไขข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้ หากฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย

2) ผลของสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาเพื่อให้การบริการสาธารณะสัมฤทธิ์ผลได้ แม้การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงนั้นจะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม ซึ่งต่างจากหลักกฎหมายแพ่งที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมิอาจทำได้ แต่สัญญาทางปกครองจะเป็นไปตามหลักบริการสาธารณะจะต้องมีการปรับเปลี่ยน ปรับปรุงให้ทันกับความต้องการของส่วนรวมเสมอ กล่าวโดยสรุปก็คือ ในสัญญาทางปกครองมีลักษณะของการมอบอำนาจพิเศษให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อสนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง

3) ผลของสัญญาทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดสัญญาที่แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายในกำหนดเวลา จะนำเอาหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมปฏิบัติตามสัญญาเสียก่อนมาใช้กับสัญญาทางปกครองไม่ได้ ฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ตามหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ แต่ฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะร้องขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ และหากเป็นกรณีอันร้ายแรงฝ่ายเอกชนก็อาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลสั่งให้มีการเลิกสัญญาได้

3.2.6 ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส³⁵

1) ปกติสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมีเสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญากันอย่างเสรี โดยจะถูกจำกัดเพียงในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาเท่านั้น แต่ในกรณีเสรีภาพของการทำสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน จะมีหลักเกณฑ์ตั้งแต่อำนาจในการทำสัญญา ตลอดจนถึงในเรื่องของวิธีการเลือกคู่สัญญาซึ่งจะมีข้อจำกัดในทางกฎหมายหลายประการว่าสัญญาทางแพ่ง

2) ในเรื่องความเสมอภาคในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีอำนาจต่อรองเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญา โดยข้อกำหนดในสัญญาจะถูกกำหนดโดยฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว ฝ่ายเอกชนมีสิทธิต่อรองเพียงในเรื่องของราคาหรือค่าตอบแทนกันเท่านั้น

³⁵ สุนทร มณีสวัสดิ์. สัญญาทางปกครอง. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf

3) สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม จึงมีการนำหลักการบริการสาธารณะมาใช้ เช่น หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาต่อเนื่องต่อไป แม้ว่าจะเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายจนทำให้ต้องรับภาระมากขึ้นก็ตาม เว้นแต่จะเป็นเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจทำได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ก็ยังมีหลักเรื่องความเสมอภาค และหลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะด้วย

4) ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เรียกว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ฝ่ายเอกชนก็จะต้องทำหน้าที่และปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ฝ่ายเอกชนจะตอบโต้ด้วยการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาตามหลักสัญญาต่างตอบแทนตามหลักกฎหมายแพ่งไม่ได้

5) ในสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ คือฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง กับกรณีที่ฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่เพื่อความจำเป็นในการบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้

3.3 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของเยอรมันมีพัฒนาการช้ากว่าสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส เพราะ Olto Mayer บิดาแห่งนักกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งเป็นผู้วางแนวคิดพื้นฐานในเรื่องคำสั่งทางปกครองได้ปฏิเสธหลักการในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเห็นว่าสัญญานั้นเป็นเรื่องของการตกลงกันระหว่างบุคคลที่มีฐานะความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่กฎหมายมหาชนไม่ใช่เรื่องของความเท่าเทียมกัน แต่เป็นเรื่องที่รัฐมีฐานะอยู่เหนือเอกชน ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจตกลงเข้ามาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีอิทธิพลและเป็นที่ได้เถียงกันในเยอรมันมาอย่างช้านาน³⁶

หลังจากที่มีการโต้แย้งกันทางความคิดดังกล่าวระหว่างนักวิชาการที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายกับฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองน่าจะมีได้ในระบบกฎหมายเพราะจะเป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองของเยอรมันได้ยอมรับหลักการในเรื่องสัญญาทางปกครองเพราะเห็นว่าการกระทำทางปกครองบางเรื่องอาจจำต้องกระทำโดยอยู่ในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง ซึ่งความจำเป็น

³⁶ สุนทร มณีสวัสดิ์. *สัญญาทางปกครอง*. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf

ดังกล่าวส่งผลให้ต่อมาศาลได้ยอมรับถึงความจำเป็นในการกระทำทางปกครองในรูปแบบสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงได้ถือกำเนิดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1976 โดยมีการยอมรับฐานะของสัญญาทางปกครองว่ามีฐานะเทียบเท่ากับคำสั่งทางปกครอง ดังที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 54 และมาตรา 62 ซึ่งความหมายหรือคำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 54 มีสาระสำคัญว่า การก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนสามารถกระทำได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครองตราบเท่าที่ไม่มิบบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นสามารถทำสัญญาทางปกครองกับบุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้ จึงกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นได้เนื่องจากเป็นสัญญาที่กระทำขึ้น โดยมีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น กรณีที่เอกชนยื่นคำร้องขอเปิดภัตตาคาร แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่า เอกชนผู้นั้นควรจะต้องติดตั้งกระจกเพื่อป้องกันเสียงมิให้รบกวนแก่ผู้ที่พักอาศัยในบริเวณข้างเคียงเสียก่อน กรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเพิ่มเงื่อนไขเช่นว่านี้ในใบอนุญาตให้เปิดภัตตาคาร โดยระบุเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญาได้ หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความประสงค์จะสร้างโรงพยาบาล และจำเป็นต้องหาที่ดินเพื่อใช้ในการก่อสร้าง ซึ่งนอกจากการจะได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายเวนคืนแล้ว ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินที่ต้องการนั้นกับเอกชนเพื่อทดแทนการใช้กฎหมายเวนคืนก็ได้

อย่างไรก็ดี เนื่องจากระบบของกฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งแยกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ซึ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นอาจเป็นได้ทั้งสัญญาในกฎหมายมหาชนที่เรียกว่าสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งที่มีคู่สัญญาเป็นฝ่ายปกครองก็ได้ ซึ่งการพิจารณาถึงการตกลงเข้าทำสัญญากันดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการตกลงกันทำสัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษบางประการ เช่น อาจมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากมีกรณีที่เป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพระหว่างคู่สัญญาทางปกครองจะแตกต่างกันกับสิทธิและเสรีภาพระหว่างคู่สัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมีสิทธิเท่าเทียมกัน แต่สัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีสิทธิบางประการที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเมื่อเกิดข้อพิพาทกันขึ้น ข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งศาลยุติธรรมจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ส่วนข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัย³⁷

³⁷ จาก ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, (มิถุนายน, 2542). *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2. น. 262-264.

ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และบอกเลิกสัญญา ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้ในเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน³⁸

จากคำนิยาม ความหมายของสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 เราสามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองเยอรมันออกไปได้ดังนี้³⁹

1) สัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองมีสิ่งที่เหมือนกัน คือ จะเกิดขึ้นได้ด้วยการแสดงเจตนาตกลงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย แต่สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการตกลงเข้าทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนนั้นเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาตามกฎหมายมหาชน ส่วนการแสดงเจตนาของฝ่ายเอกชนไม่มีการบัญญัติวิธีการแสดงเจตนาไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับเมื่อเกิดกรณีปัญหาขึ้น

ตัวอย่างเช่น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 พบว่าบทบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักการชำระหนี้ของสัญญาทางปกครองเยอรมันไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวจึงต้องปรับใช้ตามหลักกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยหลักกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการบัญญัติในเรื่องการชำระหนี้ไว้ เช่น ความรับผิดชอบของลูกหนี้ก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา การผิดนัดชำระหนี้ การชำระหนี้เป็นพันวิสัย ซึ่งการนำบทบัญญัติและหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่มีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งด้วย โดยมาตรา 62 ในส่วนท้ายได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้เพิ่มเติมกับหลักกฎหมายปกครองตามความเหมาะสม และการใช้หลักกฎหมายแพ่งจะต้องใช้เพื่อให้สอดคล้องกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น⁴⁰

³⁸ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 1-3), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546, กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.

³⁹ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 265-266). เล่มเดิม.

⁴⁰ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 26). เล่มเดิม.

2) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นตามขอบเขตหรือลักษณะตามขอบเขตแห่งกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นข้อบ่งชี้ที่สำคัญที่ใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ จะต้องมีการพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาว่ามีลักษณะเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองหรือไม่ ตัวอย่างเช่น การตกลงทำสัญญากัน ในระหว่างขั้นตอนของการเวนคืนตามกฎหมาย

3) สัญญาทางปกครองที่จะเกิดขึ้นจะต้องเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับ ซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองอาจเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์กันขึ้นเป็นครั้งแรกของการทำสัญญา หรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในนิติสัมพันธ์เดิมที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์นั้นระงับสิ้นไป

3.3.1 รูปแบบของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของเยอรมันได้กำหนดรูปแบบของสัญญาทางปกครองไว้โดยพิจารณาถึงคู่สัญญาและความชอบด้วยกฎหมายแห่งสัญญาไว้ดังนี้⁴¹

3.3.1.1 พิจารณาจากตัวคู่สัญญา

1) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาประเภทนี้ก็เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรฝ่ายปกครองอื่น เนื่องจากนิติสัมพันธ์ลักษณะนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยผ่านรูปแบบของคำสั่งทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงลำน้ำในเขตปกครองของตนเอง

2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง โดยเป็นความสัมพันธ์ในทางมหาชนที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจหรือมีฐานะเหนือกว่า แต่เมื่อฝ่ายปกครองได้เข้าทำสัญญากับเอกชนแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษที่เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้แม้จะถือเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้แทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็มีได้จำกัดเฉพาะการเป็น

⁴¹ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 268-269). เล่มเดิม.

เครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ แต่ได้รวมถึงกรณีต่างๆ ที่เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย เช่น สัญญาเกี่ยวกับการชำระเงินคืนที่หน่วยงานทางราชการได้ออกไปเพื่อเป็นทุนการศึกษา เมื่อผู้เป็นข้าราชการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่มีการกำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญา

3.3.1.2 พิจารณาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา⁴²

1) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาทางปกครองในประเภทดังกล่าวเป็นสัญญาที่เกิดจากคู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการเป็นการตอบแทนซึ่งกันและกัน ซึ่งเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของสัญญาในกรณีดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 56 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่าการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้ในสัญญาและจะต้องให้ฝ่ายปกครองบรรลุหน้าที่ในทางปกครอง ต้องมีความสมควรหากเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์ในเรื่องนั้นแล้ว รวมถึงจะต้องมีความสัมพันธ์กันในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น เอกชนต้องการที่จะลงทุนทำการก่อสร้างที่พักอาศัยในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน โดยเพื่อให้ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารกับการพิจารณาการวางผังเมือง เอกชนผู้จะทำการลงทุนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่นั้นอาจทำสัญญากัน โดยมอบเงินให้ในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้องค์กรส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียน สัญญาดังกล่าวถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง และเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการมอบเงินนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะตามสัญญา กล่าวคือ เพื่อให้หันไปสร้างโรงเรียนอีกทั้ง ทำให้การสร้างโรงเรียนซึ่งถือเป็นภารกิจในทางมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่ นอกจากนี้ จำนวนเงินที่มีการมอบให้ก็เป็นจำนวนที่เหมาะสมตามพฤติการณ์ และการมอบเงินให้ก่อสร้างมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำทางเนื้อหาของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือ การขอใบอนุญาตก่อสร้างอาคารกับการพิจารณาในเรื่องการวางผังเมือง

2) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

กรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเมื่อพิพาทกันในเรื่องข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง ซึ่งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายนั้นไม่แน่ชัด มีความยากลำบากในการพิสูจน์หรือชี้ขาด หรือการพิสูจน์หรือชี้ขาดจะเสียเวลาและเสียทุนทรัพย์เป็นจำนวนมาก ฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งเนื้อหาของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความ โดยมีการ

⁴² แหล่งเดิม. (น. 269-271).

บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 56 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นอกจากนี้การระงับข้อพิพาททางปกครองหรือการทำสัญญาประนีประนอมอาจกระทำได้ในชั้นศาลได้เช่นกัน

3.3.2 ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน⁴³

สัญญาทางปกครองของเยอรมันได้กำหนดหลักการสำคัญๆ ไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง จะต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

2) ในเรื่องเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ได้มีการบัญญัติเรื่องเหตุแห่งการเป็นโมฆะกรรมทางสัญญาทางปกครองไว้

3) ในเรื่องการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา ในสัญญาทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะและเป็นไปตามหลักความต่อเนื่องคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อเนื่องไปไม่ว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะพบหรือประสบกับความยากลำบากเพียงใด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นการพ้นวิสัย

4) ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจเข้าบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการดังกล่าวว่าจะต้องจบการศึกษา และมีวิชาชีพตามกฎหมาย ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันให้การดำเนินการนั้นเป็นไปด้วยความถูกต้องนั่นเอง

5) ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาอาจมีการร้องขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อปรับปรุงข้อสัญญาให้มีความเหมาะสมตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ แต่ถ้าตกลงกันไม่ได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสงค์จะยกเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่จะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

6) มีการนำหลักกฎหมายแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้เสริมหรืออุดช่องว่างในเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย

⁴³ สุนทร มณีสวัสดิ์. สัญญาทางปกครอง. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf

3.4 สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง เพื่อดำเนินภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้บรรลุผล การผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวอาจมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์อันเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน⁴⁴ ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิได้เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ วัตถุประสงค์และลักษณะของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากการทำสัญญาทางแพ่ง โดยเริ่มตั้งแต่การเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการเลิกสัญญา จึงทำให้ผลในทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง หลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญา ตลอดจนองค์การที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จะมีความแตกต่างกัน

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ได้กำหนดไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้⁴⁵ คือ กลุ่มสัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองคือการบริการสาธารณะบรรลุผล หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะต้องด้วยประการที่สองดังที่กล่าวมาแล้ว สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น สัญญาที่ฝ่ายปกครองกระทำขึ้นจึงมิได้สองประเภทคือ สัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง

⁴⁴ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (น. 6), โดย ชาญชัย แสงวงศ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (น. 460), โดย ชาญชัย แสงวงศ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ประเทศไทยได้กำหนดให้มีระบบศาลคู่ โดยมาตรา 276 วรรคสองบัญญัติให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น โดยผลบังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นี้ จึงก่อให้เกิดพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองได้กำหนดไว้ในมาตรา 3 นอกจากนี้ยังมีการกำหนดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 42 มาตรา 51 และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ในพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกด้วย

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ต่อมาศาลปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ได้วินิจฉัยความหมายของคำว่า สัญญาทางปกครอง ให้กว้างขึ้น โดยมีสาระสำคัญว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

โดยที่ผลของบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง ทำให้การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท⁴⁶ ประเภทแรก คือ สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด และประเภทที่สอง คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

⁴⁶ บทสรุปสำหรับผู้บริหาร เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, 2547, น. 20.

3.4.1 ลักษณะสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่ากฎหมายไทยจะได้กำหนดเอาไว้แล้วว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองบ้าง แต่ก็ยังมีความจำเป็นที่เราจะต้องค้นหาลักษณะของสัญญาทางปกครองประเภทนี้อยู่ โดยมีวิธีพิจารณาดังนี้

3.4.1.1 การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

ประการแรก การที่จะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนดนั้น ในที่นี้จะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากความสำคัญของผลกฎหมายที่สัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้นมีผลโดยตรงกับเรื่องของเขตอำนาจศาล ซึ่งในเรื่องเขตอำนาจศาลดังกล่าวต้องกระทำเป็นพระราชบัญญัติ

ประการที่สอง วิธีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้น อาจได้ทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือกำหนดว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยปัจจุบันถือว่า สัญญา 4 ประเภทที่กำหนดในบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้เป็น สัญญาทางปกครอง อันประกอบด้วยสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

3.4.1.2 หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีบทบัญญัติอื่นใดที่กำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองเอาไว้ นอกเหนือไปจากบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่ได้กล่าวมาแล้ว และเมื่อพิจารณาจากบทนิยามของสัญญาทางปกครองแล้วจะพบว่า ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ครบถ้วนทั้ง 2 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปเสมอ จึงจะถือว่ามิใช่ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ประการแรก คือ หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา ประการที่สอง คือ หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา

1) หลักเกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับตัวคู่สัญญา กฎหมายกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวการที่จะจำแนกเพื่อให้มีรายละเอียดชัดเจนยิ่งจำต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่ องค์ประกอบในเรื่อง “ฝ่าย” ของการเป็นคู่สัญญา กับ องค์ประกอบ

ในเรื่อง “คุณสมบัติ” หรือ “ฐานะ” ของคู่สัญญา โดยในเรื่องของฝ่ายที่จะเป็นคู่สัญญานั้น กฎหมายกำหนดว่าต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง ถ้าสัญญาใดไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครองแล้ว สัญญานั้นย่อมไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ส่วนในเรื่องของคุณสมบัติหรือฐานะของคู่สัญญานั้น ตามกฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่า กรณีจะต้องมีคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ทั้งนี้ กรณีใดบ้างที่จะเป็นหน่วยงานทางปกครองนั้น มีหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาโดยดูจากบทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติไว้ว่า หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง โดยสามารถจำแนกได้ ดังนี้

1) ราชการส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม

2) ราชการส่วนภูมิภาค ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้แก่ จังหวัด อำเภอ ราชการส่วนท้องถิ่น อันได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

3) รัฐวิสาหกิจ ซึ่งจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติจะรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชกำหนดด้วย เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการเคหะแห่งชาติ เป็นต้น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การตลาด องค์การฟอกหนัง แต่จะไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน หรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี

4) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ องค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

5) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น สภานายความ เป็นต้น

2) หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา

หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาในที่นี้มุ่งหมายให้ครอบคลุมทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของสัญญา และในส่วนที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาทางด้านเนื้อหาแล้วจะเห็นว่า สัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะมี 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

(1) สัญญาสัมปทาน

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีบทนิยามสำหรับคำว่า สัมปทาน ว่ามีความหมายเช่นไร จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ากรณีใดจึงมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน โดยในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายคำว่า สัมปทาน ไว้ว่าหมายถึง การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่ และป่าไม้ และในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขกำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน นอกจากนี้ ในคำรากฎหมายปกครองของไทยได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการให้สัมปทานบริการสาธารณะว่าเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น

สัญญาสัมปทานจึงมีความหมายถึงการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการในกิจการที่รัฐมีอำนาจผูกขาดหรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยให้จัดทำได้ภายในระยะเวลาอันมีกำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของฝ่ายเอกชนเอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการเป็นการตอบแทน ตัวอย่างเช่น สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

(2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้ให้ความหมายของคำว่า สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่ฝ่ายรัฐให้ออกชนเข้ามีส่วนร่วมในกิจการที่อยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองโดยตรง โดยที่กิจการนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทั่วไปซึ่งประชาชนจะได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาลาศึกษาต่อของข้าราชการ สัญญาก่อสร้างอาคารของส่วนราชการ เป็นต้น

(3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สิ่งสาธารณูปโภค หมายถึง สิ่งที่ทำขึ้นเพื่อประโยชน์และเพื่อความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน อาทิเช่น การประปา การเดินรถประจำทาง การรถไฟ เป็นต้น ทั้งนี้ ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากความหมายของคำว่า สาธารณูปโภค ตามความหมายทั่วไป และตามที่ปรากฏในกฎหมายบางฉบับ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 สรุปได้ว่า สิ่งสาธารณูปโภค แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน เป็นต้น (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น สายไฟฟ้า ท่อประปา เป็นต้น โดยความหมายตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3 วรรคหนึ่ง ว่า

ข้อ 3 กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

1. การรถไฟ
2. การรถราง
3. การชุดคลอง
4. การเดินอากาศ
5. การประปา
6. การชลประทาน
7. การไฟฟ้า
8. การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นทางไปยังอาคารต่างๆ
9. บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งจนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน

ตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

การตราพระราชกฤษฎีกาตาม (9) ให้กำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการ
นั้นด้วย

4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้เกิดจากแนวคิดที่ว่าทรัพยากรธรรมชาตินั้นมีจำนวนจำกัด เอกชนราย
ใดจะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้จะต้องขออนุญาตและได้รับการอนุญาตจากรัฐ
โดยเอกชนผู้นั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าว
ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐได้เข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้นเพื่อให้เกิด
ประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างแท้จริง ตัวอย่าง เช่น การให้สัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียม หรือ
การอนุญาตให้เอกชนเข้าสำรวจและทำเหมืองแร่ เป็นต้น

3.4.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง มิได้มีการอธิบายหรือให้หลักเกณฑ์ใดๆ
เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้อย่างชัดเจน เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงกรอบใน
การพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และสมควรต้องศึกษาในรายละเอียด
ของหลักเกณฑ์ที่ศาลและคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วเพื่อ
พิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั่นเอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทน
รัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง
สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีความสำคัญที่สุดในบรรดาสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพราะ
เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง ดังนั้น สถานะความจำเป็นที่
สัญญาประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองจะชัดเจนกว่าสัญญาประเภทอื่นๆ ตัวอย่าง
ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ
ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2532 ซึ่งโดยสภาพของกิจการจำต้องได้รับการควบคุมดูแลโดยรัฐ
การเข้าประกอบกิจการดังกล่าวของเอกชนจึงต้องได้รับการมอบหมายจากรัฐ

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึง
เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ เพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ
การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งหมายถึง สัญญาที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์
ของรัฐที่ไม่ปรากฏในสัญญาแพ่งทั่วไป ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่รัฐในการเข้าเป็นคู่สัญญาในฐานะที่
เหนือกว่าเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา อำนาจ
ในการยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น ทั้งนี้

เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคาร การจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน เป็นต้น

ในส่วนของกระบวนการพิจารณาในการดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างจากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากสัญญาทางแพ่งจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหา กล่าวคือ ศาลจะไม่ทำหน้าที่ค้นหาความจริงเอง การพิจารณาพิพากษาคดีจะขึ้นอยู่กับการนำเสนอและนำสืบพยานหลักฐานของคู่ความแต่ละฝ่ายที่กล่าวอ้างพยานหลักฐานนั้น ฝ่ายใดสามารถนำสืบพยานหลักฐานได้น่าฟังและมีน้ำหนักกว่าย่อมเป็นฝ่ายชนะคดี แต่สัญญาทางปกครองการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองจะใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยการตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเองเท่าที่จะพึงกระทำได้ภายใต้วิธีพิจารณาคดีปกครองที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

บทที่ 4

การนำหลักสุจริตมาใช้ในต่างประเทศและประเทศไทย

หลักสุจริตเป็นคำที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีต้นกำเนิดมาจากที่ใด หลักสุจริตเป็นหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมาย และมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ดังนั้น เพื่อให้สามารถเข้าใจเกี่ยวกับหลักสุจริตได้ชัดเจนยิ่งขึ้น จึงควรศึกษาความเป็นมาของหลักสุจริต ตลอดจนการนำมาปรับใช้ของหลักสุจริตในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ตลอดจนของประเทศไทย เพื่อเข้าใจหลักการและสามารถนำหลักสุจริตมาใช้ได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น

4.1 หลักสุจริตในระบบกฎหมายเยอรมัน

ก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเมื่อปี ค.ศ. 1900 หลักสุจริต หรือ bona fides ของโรมัน ตรงกันกับหลักจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมัน เรียกว่า Treu und Glauben ต่อมามีการเสนอร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับแรก โดยมาตรา 359 ได้ร่างไว้ว่า สัญญา ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างกันตามที่ตกลงกันและตามผลธรรมชาติของสัญญาประเภทนั้น ตามบังคับแห่งกฎหมายและปกติประเพณี ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความสุจริตด้วย หลังจากนั้นได้มีการปรับปรุงและแยกหลักเกณฑ์ในร่างดังกล่าวออกเป็นสองตอน ตอนแรกนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 157 ในเรื่องการตีความสัญญา ที่กำหนดว่า สัญญานั้นต้องตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี ส่วนตอนหลังนำไปบัญญัติไว้ในส่วนที่ว่าหลักทั่วไปแห่งหนี้ และถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นแม่บท คือ มาตรา 242 มีสาระสำคัญว่า ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามหลักสุจริต ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย¹

4.1.1 การนำหลักสุจริตมาใช้ในกฎหมายเยอรมัน

4.1.1.1 บทบาทหน้าที่ในการเสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ขึ้น

ศาลเยอรมันจะนำบทบัญญัติในมาตรา 242 มากำหนดหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมของคู่สัญญา โดยผู้พิพากษาจะพึงเล็งถึงความหมายที่แท้จริงของข้อตกลงในสัญญาเพื่อจะกำหนดสิทธิ

¹ จาก หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (Good Faith & Supervening Events) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย (น.38-39), โดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

และหน้าที่บางประการให้คู่สัญญาปฏิบัติ โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ความเหมาะสมของกรณี ซึ่งกรณีดังกล่าวคู่สัญญามีได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญา แต่เป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ที่เราเรียกว่าหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมขึ้นมา² อันได้แก่ หน้าที่ที่จะต้องซื้อสัตว์ หน้าที่ใช้ความระมัดระวังแก่ชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่าย หน้าที่ให้ความร่วมมือ ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หน้าที่แนะนำ เปิดเผย หรือแจ้งเดือนข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่สำคัญให้อีกฝ่ายทราบ

4.1.1.2 บทบาทหน้าที่ในการแก้ไขเนื้อหาในสัญญาตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เศรษฐกิจของเยอรมันตกต่ำอย่างหนัก สภาพการเงินเพื่อพุ่งขึ้นสูง เหรียญทองคำ 1 มาร์กเยอรมัน มีมูลค่าแลกเปลี่ยนเป็นธนบัตรมูลค่า 52,200 ล้านมาร์ก บ้านเมืองสับสนวุ่นวาย ศาลสูงเยอรมันจึงต้องตัดสินคดีตามคำพิพากษา RGZ 107,78 ในวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 คดีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้กู้ได้ตกลงกู้เงินจากผู้ให้กู้ จำนวน 13,000 มาร์ก โดยจำนวนที่คืนไว้เป็นประกัน ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง ค่าเงินของเยอรมันได้ตกลงไปอย่างมากถ้าเทียบกับก่อนสงคราม ผู้กู้จึงนำเงินตามจำนวนที่ 13,000 ล้านมาร์ก พร้อมดอกเบี้ยไปชำระให้แก่ผู้ให้กู้ แต่ผู้ให้กู้ปฏิเสธ โดยอ้างว่าค่าเงินตกลงมากแล้ว และหากยอมรับชำระหนี้ มูลค่าของเงินที่ได้ไว้จะต่ำกว่ามูลค่าในเวลาที่ยื่นกู้หลายล้านเท่า ผู้ให้กู้จึงเรียกให้ผู้กู้นำเงินมาชำระหนี้ให้เทียบเท่ามูลค่าเดิมในเวลาที่ยื่นกู้ ผู้กู้เห็นว่าสัญญาที่มีการกำหนดจำนวนหนี้เงินกันไว้อย่างชัดเจนแล้ว ตนจึงควรที่จะชำระหนี้ตามอัตราที่เป็นหนี้ตามสัญญานั้น จึงนำเงินจำนวน 13,000 มาร์ก พร้อมดอกเบี้ยไปวาง ณ สำนักงานวางทรัพย์ และฟ้องให้จดทะเบียนปลดจำนอง ศาลต้นและศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยตามฟ้องของผู้กู้ แต่ศาลฎีกาได้พิพากษากลับโดยนำมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่กำหนดให้ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยให้สอดคล้องกับหลักสุจริตมาปรับใช้ โดยให้ปรับจำนวนเงินที่ต้องชำระหนี้กันเสียใหม่ให้เหมาะสมกับมูลค่าเงินที่เปลี่ยนแปลงไป³

4.1.1.3 บทบาทหน้าที่ในการควบคุมหรือจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 242⁴

1) ถ้าบุคคลอ้างการใช้สิทธิเพื่อผลประโยชน์จากการกระทำอันไม่ซื่อสัตย์ครั้งก่อนของตน หลักนี้มาจากหลักกฎหมายโรมันว่า ไม่มีผู้ใดถือเอาประโยชน์จากการกระทำโดยมิชอบของตนได้ ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายอังกฤษที่ว่า โจทก์ต้องมาศาลด้วยมือสะอาด

² Horn, kotz and Leser. *An Introduction German Private and Commercial Law*. pp.138-139 (อ้างถึงในสุดิจ ปัญญาพฤษ. (2541). *การใช้สิทธิโดยสุจริต* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 71), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (*Good Faith & Supervening Events*) ใน *ระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย* (น. 40-10). เล่มเดิม.

⁴ แหล่งเดิม. (น. 42-43).

2) ถ้าการใช้สิทธินั้นเป็นไปโดยไม่ได้สัดส่วน เกินส่วน หรือไม่มีเหตุผล

3) ถ้าบุคคลนั้นอ้างสิทธิซึ่งขัดกับการกระทำในครั้งก่อนของตน กล่าวคือ คู่สัญญาอาจไม่สามารถใช้สิทธินั้น ถ้าหากการกระทำของตนที่ผ่านมาทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เชื่อถือโดยเป็นที่คาดหมายอย่างมีเหตุผลว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ใช้สิทธิดังกล่าวและได้เชื่อถือเช่นนั้น ทั้งนี้ มาจากหลักกฎหมายโรมันว่า ไม่มีผู้ใดถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ขัดแย้งกับความประพฤติของตนในอดีตได้

4.1.2 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

สัญญาทางปกครองเป็นลักษณะหนึ่งของการกระทำทางปกครองนอกเหนือไปจากคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกฎหมายปกครองให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองในการเลือกที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดกรณีที่หน่วยงานทางปกครองต้องออกเป็นคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เป็นดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองที่จะพิจารณาว่าจะดำเนินการในลักษณะใด และหากพิจารณาแล้วว่าจะดำเนินการ โดยทำเป็นสัญญาทางปกครองก็จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง โดยในเรื่องนี้มาตรา 54 มิได้อธิบายความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาระหว่างเอกชนไว้ แต่ก็สามารถสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองก็มิได้มีการกำหนดรูปแบบไว้ตายตัว อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้กำหนดสัญญาทางปกครองที่มีรูปแบบเฉพาะไว้ ได้แก่ สัญญาต่างตอบแทน ตามมาตรา 56 หรือสัญญาประนีประนอมยอมความ ตามมาตรา 55⁵ ซึ่งแม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการทำสัญญาทางปกครองในลักษณะที่เปิดกว้าง เช่น สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 57 ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการกระบวนกรที่ต้องตรวจสอบได้⁶ แต่อย่างไรก็ดี การมีผลบังคับใช้ของสัญญาทางปกครองและความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองก็เป็นเรื่องที่สำคัญและต้องมีการพิจารณาโดยละเอียด เช่นกรณีที่ว่าหากสัญญาทางปกครองใดสัญญาหนึ่งตกเป็นโมฆะ จะนำหลักความเชื่อ โดยสุจริตมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักกับเรื่องความมั่นคงแห่งรัฐด้วยหรือไม่ ในเรื่องนี้กรณีที่สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะจะส่งผลให้สัญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งส่งผลให้

⁵ Hans J. Wolff. Fortgef. Von Otto Bachof. Neubeaeb. von Rolf Stober. (2000). *Jurische Kurz-Lehrbuecher, Verwaltungsrecht Band 2.* § 54, Rd 16-18, S. 210-211.

⁶ Hans J. Wolff. Fortgef. Von Otto Bachof. Neubeaeb. von Rolf Stober. (2000). *Jurische Kurz-Lehrbuecher, Verwaltungsrecht Band 2.* § 54, Rd 36-37, S. 219-220.

สิทธิเรียกร้องตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหมดไปเช่นกัน อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีการดำเนินการตามข้อสัญญาไปแล้วบางส่วนหรือทั้งหมด แม้สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ แต่กรณีนี้ได้เกิดความสัมพันธ์ที่ต้องมีการ ตอบสนองกลับระหว่างคู่กรณีขึ้นแล้ว และก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องตามมา ทั้งนี้ ตามมาตรา 812 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่นำมาบังคับใช้โดยอนุโลม และหากเป็นกรณีที่มีการออก คำสั่งทางปกครองตามสัญญาทางปกครองแล้วสัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ความเป็น โมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายกำหนดให้ต้องพิจารณาตามมาตรา 49 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองเยอรมันต่อไป และหากพิจารณาแล้วสัญญาทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะจะส่งผล ให้หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งในเรื่องนี้จะไม่นำหลักความเชื่อโดยสุจริตมาพิจารณา⁷

4.2 หลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

เมื่อสิ้นศตวรรษที่ 19 เข้าสู่ศตวรรษที่ 20 ได้เกิดพัฒนาการที่สำคัญขึ้นในฝรั่งเศส สองประการ ประการแรกเป็นความเคลื่อนไหวทางความคิดของ Raymond Saleilles ในช่วง คริสต์ศักราชที่ 1855 ถึง 1912 มีการขยายตัวของแนวคิดว่าด้วยการใช้สิทธิเกินส่วนที่แสดงออกใน แห่งของการใช้สิทธิที่มีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือการใช้สิทธิไปในทางที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญามีการนำเอามาตรา 1134 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่กำหนดให้การปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาต้อง กระทำโดยสุจริตมาปรับใช้⁸

4.2.1 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในกฎหมายฝรั่งเศส

หลักสุจริตทำให้เกิดการยอมรับหลักที่ว่าคู่กรณีมีหน้าที่ต้องบอกข้อเท็จจริงให้แก่คู่กรณี อีกฝ่าย ซึ่งจะปรากฏอยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะซื้อขายที่หากไม่มีกฎหมายใดกำหนดไว้ โดยเฉพาะ คู่กรณีจะมีหน้าที่ต่อกันตามหลักสุจริต กล่าวคือ คู่กรณีจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจ ส่งผลให้เกิดการตัดสินใจของคู่กรณีอีกฝ่ายด้วยความสุจริต ต่อมามีการพัฒนาในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ ของผู้ขายว่ามีหน้าที่ที่ต้องเตือนผู้ที่จะซื้อให้ระมัดระวังอันตรายจากการใช้สอยทรัพย์สินที่ซื้อ ไปด้วย ซึ่งหากเกิดกรณีความเสียหายขึ้น โดยผู้ขายไม่ได้แจ้งเตือนให้ผู้ซื้อระมัดระวังอันตรายจาก

⁷ Heinz Joachim Bank, in : Paul Stelkens, Heinz Joachim Bank, Michael Sachs. (2001). *Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*. § 59, Rd 9-13, S. 2012-2014.

⁸ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ (น. 45-46). เล่มเดิม.

ทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกัน ผู้ขายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ซื้อ ทั้งนี้ หลักดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบัน หลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังคงเน้นหรือให้ความสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดในการจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน การใช้สิทธิในทางที่ผิด หรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญา แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นหลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังไม่ถึงกับยกระดับขึ้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป⁹

4.2.2 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส¹⁰

หลักสุจริตเป็นถ้อยคำที่ไม่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง (le droit des contrats administratifs) ในฝรั่งเศส แต่สภาแห่งรัฐได้ใช้หลักสุจริตในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการให้ลูกจ้างชั่วคราวตามสัญญาออกจากงาน ซึ่งจะพบการใช้ถ้อยคำว่า “เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักสุจริตในสัญญาจ้างงาน” อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’administration) จะไม่พบหรือปรากฏว่ามีกรกล่าวอ้างถึงถ้อยคำว่า หลักสุจริต ในคำพิพากษาเลย แต่ถึงกระนั้น แม้ไม่มีการกล่าวอ้างหรือใช้ถ้อยคำว่า เช่นว่านี้ แต่หลักการเกี่ยวกับหลักสุจริตได้ถูกนำมาปรับใช้อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังเช่นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการผิดสัญญา โดยออกมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นมาตรการที่ส่งผลให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้¹¹

ศาลปกครองได้นำหลักการของหลักสุจริต (l’exigence de bonne foi de l’administration) มาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญา (le domaine contractuel) โดยผ่านหลักความซื่อสัตย์ (la notion de loyauté)¹² ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรองรับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากหลักสุจริตนั่นเอง หลักความซื่อสัตย์ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นหลักการที่มีบทบาทสำคัญในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งเดิมหลักดังกล่าวนำมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับข้าราชการ แต่ก็ชัดเจนมากขึ้น ส่วนหลักความซื่อสัตย์ในสัญญาก็ไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนในการนำมาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเท่าใดนัก แต่ความซื่อสัตย์ทางสัญญา (loyauté contractuelle) ซึ่งมีขอบเขตที่ค่อนข้างกว้างและนำมาใช้ใน

⁹ แห่่งเดิม. (น. 47-49).

¹⁰ Frédéric ROLIN. *Rapport Français Le contrat administratif*. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/2.%20Contrat%20administratif%20Rapport%20fran%20C3%A7a%20is%20F.%20Rolin.pdf>

¹¹ CE, 31 oct. (1980). *Ministre de l’équipement, Rec.* p. 399.

¹² ANA BEDUSCHI-ORTIZ. (2010). *La notion de loyauté en droit administratif*, AJDA Dalloz. p. 944-951.

กฎหมายปกครองหลายเรื่อง โดยความซื่อสัตย์ หมายถึง คุณภาพหรือลักษณะของบุคคลหรือสิ่งของ ที่ชื่อตรง ยุติธรรม หรือซื่อสัตย์¹³ ซึ่งในความหมายดั้งเดิมนั้น ความซื่อสัตย์ หมายถึง หน้าหน้าที่คู่กรณี ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกันตามสัญญา ซึ่งมีความใกล้เคียงกับหลักสุจริตทางสัญญา (la notion de bonne foi contractuelle) หลักความซื่อสัตย์ในระบบกฎหมายปกครองมีเป้าหมายสุดท้ายเช่นเดียวกับ ในกฎหมายเอกชน กล่าวคือ การเคารพหลักความซื่อสัตย์ทางสัญญา กระบวนการขั้นตอนซึ่งถือเป็นหน้าที่ต้องดำเนินการ หลักการดังกล่าวจึงมีลักษณะกว้างกว่าหลักสุจริตในระบบกฎหมาย เอกชน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หลักความซื่อสัตย์ถือเป็นเครื่องมือของศาลปกครองที่ใช้ในการตีความ ลักษณะของความผูกพันกันตามสัญญา¹⁴ เพื่อตรวจสอบว่าความไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่เกิดขึ้น คู่กรณีสามารถหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างให้ศาลพิจารณาได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก ข้อกำหนดของหลักความซื่อสัตย์จะเห็นว่า หากเงื่อนไขของการมีผลบังคับตามสัญญาไม่ถูกต้อง หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอันจะส่งผลทำให้ต้องยกเลิกสัญญาหรือไม่นั้น หลักความซื่อสัตย์ซึ่งเป็น เสมือนหลักการที่สืบเนื่องจากหลักสุจริตจะเข้ามาเป็นหลักการที่นำมาใช้ในการตีความนั่นเอง

4.2.2.1 หลักความซื่อสัตย์ในฐานะที่เป็นหลักการต่อเนื่องจากหลักสุจริต (la loyauté comme prolongement de la bonne foi)

หลักสุจริต อาจนิยามความหมายได้ว่า เป็นหลักการที่ผูกพันกับหลักทางจิตใจ หลัก ความซื่อตรงของนิติบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด สำหรับหลักสุจริตในความหมายที่เคร่งครัด หมายถึง หลักการที่ผูกพันกับความจริงใจของคู่สัญญา ผู้ผูกพันกับการเข้าทำสัญญา และการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา สำหรับความซื่อสัตย์นั้นอาจ ครอบคลุมถึงความจริงใจทางสัญญา หรือความสุจริตในทางสัญญา¹⁵ ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้หลัก ความซื่อสัตย์ในทางสัญญาขยายหลักสุจริตทางสัญญาในส่วนที่ต้องการอธิบายหรือให้ความหมาย ในเรื่องทางจิตใจในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักความซื่อสัตย์ในความผูกพันกันตามสัญญา (Loyauté des relations contractuelles) เป็นหลักการที่เข้าไปมีบทบาทอย่างรวดเร็วในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ตามคำพิพากษา ของสภาแห่งรัฐ ในคดีเทศบาลเมือง Béziers (CE, ass. 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n°304802) โดยคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งว่าสัญญาทางปกครองไม่มีผลบังคับ สภาแห่ง รัฐพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของความมั่นคงในความสัมพันธ์ตามสัญญาและข้อกำหนดเกี่ยวกับ

¹³ Dictionnaire Larousse. (2007). p. 643.

¹⁴ CE, ass. 28 décembre. (2009). Commune de Béziers, n°304802 AJDA. (2010). p.142 ; CE, 10 février. (2010). Société Prest' Action, n°302226.

¹⁵ Gérard CORNU. (2004). *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^e édition. p. 552.

ความซื่อสัตย์ในความสัมพันธ์ทางสัญญาแล้วเห็นว่า มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น และหากเป็นกรณีที่มีความเป็นไปได้ที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาต่อไป สภาแห่งรัฐอาจตัดสินใจให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาต่อไปก็ได้ โดยอาจกำหนดข้อสงวนไว้ว่าต้องออกมาตรการแก้ไขให้ถูกต้อง หรือในกรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาตรวจสอบแล้วเห็นว่า คำสั่งยกเลิกสัญญาไม่ได้ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงเกินสมควรต่อประโยชน์ส่วนรวม และปรากฏว่ามีเหตุความไม่ถูกต้องอย่างร้ายแรงของเนื้อหาในสัญญาหรือความไม่ถูกต้องเกิดจากเงื่อนไขในการให้ความยินยอมของคู่สัญญาส่งผลให้สัญญาไม่ถูกต้องอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะเจาะจง ศาลจึงมีอำนาจเพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้ ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐยอมรับว่า คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองอาจยับยั้งประเด็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์ให้ศาลปกครองพิจารณาได้ ซึ่งในคดีนี้สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักความซื่อสัตย์ในความสัมพันธ์ทางสัญญาแล้วเห็นได้ว่าความไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาไม่ได้รับความยินยอมให้ทำสัญญา (ไม่ดำเนินการส่งมติที่อนุญาตให้นายกเทศมนตรีลงนามในสัญญา) ความไม่ชอบดังกล่าวถือว่ามีลักษณะร้ายแรง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในคดีนี้จึงไม่ได้เกิดขึ้นจากการ โต้แย้งอันเนื่องมาจากฐานสัญญาแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่า หลักความซื่อสัตย์เป็นหลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่ง แต่ในทางกฎหมายปกครองข้อกำหนดของหลักความซื่อสัตย์ก็เป็นเสมือนกับหลักการที่ศาลใช้ในการตีความเพื่อค้นหาความสัมพันธ์ทางจิตใจระหว่างคู่สัญญานั้นเอง

ข้อกำหนดของหลักความซื่อสัตย์เป็นเสมือนหน้าที่ทั่วไปของหลักสุจริตทางสัญญา ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการเขียนถ้อยคำดังกล่าวไว้โดยตรงในคดีปกครองก็ตาม หน้าที่ที่จะต้องกระทำตามหลักสุจริตจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องในขั้นตอนการตกลงทำสัญญาในทางกฎหมายเอกชน ซึ่งสภาแห่งรัฐเห็นว่า หลักการดังกล่าวโดยสภาพแล้วเป็นหลักการทางแพ่งที่ปรับใช้ในสัญญาทางปกครองและเป็นอิทธิพลของกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวกับสัญญาอันมีผลกระทบในกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่บัญญัติข้อกำหนดของหลักความสุจริตทางสัญญาไว้ว่า “การปฏิบัติตามสัญญานั้นต้องเป็นไปตามหลักสุจริต”

หลักความซื่อสัตย์เป็นหลักการที่ศาลใช้ในการตีความ ทำให้ศาลมีอำนาจในการประเมินหรือวินิจฉัยกว้างมากขึ้น เช่น ความมีผลบังคับผูกพันของสัญญาทางปกครอง เป็นต้น โดยกรณีดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือให้ศาลปกครองมีเทคนิคและวิธีการทางศาลที่ใช้ได้กว้างขึ้น โดยในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การใช้หลักความซื่อสัตย์เป็นหลักในการตีความนั้น ศาลจะใช้เพื่อประเมินเหตุผลหรือความจำเป็นในการยกเลิกสัญญาทางปกครอง และใช้เพื่อ “วัตถุประสงค์เกี่ยวกับความมั่นคงในความสัมพันธ์ทางสัญญา”¹⁶ นอกจากนี้ ศาลปกครองต้องทำหน้าที่ในการให้

¹⁶ “l’objectif de stabilité des relations contractuelles”

หลักประกันความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ เมื่อศาลหยิบยกข้อกำหนดของหลักความสุจริตขึ้นมาพิจารณา ศาลจะประเมินว่ามีเหตุที่จะต้องยกเลิกสัญญาทางปกครองหรือไม่ ดังนั้น การที่ศาลใช้วิธีการตีความข้อกำหนดของหลักสุจริตทางสัญญาเป็นเสมือนการใช้วิธีการให้เหตุผลที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมในกรอบของการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง¹⁷ และทำให้ศาลหลีกเลี่ยงการใช้วิธีการประกาศความเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า เป้าหมายสุดท้ายหรือหน้าที่ของหลักความซื่อสัตย์ไม่ได้จำกัดหรือเคร่งครัดเฉพาะในเรื่องสัญญาทางปกครองเท่านั้น แต่หลักความซื่อสัตย์ยังทำให้ศาลปกครองมีอำนาจเพิ่มมากขึ้น โดยใช้วิธีการควบคุมตรวจสอบความได้สัดส่วน

4.3 หลักสุจริตในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

4.3.1 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา¹⁸

ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาไปสู่การยอมรับหลักสุจริตมากขึ้นเรื่อยๆ นับตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ซึ่งเกิดจากการประกาศใช้ Uniform Commercial Code เพื่อเป็นแนวทางให้มลรัฐต่างๆ ตรากฎเกณฑ์ด้านการค้าพาณิชย์ให้สอดคล้องกัน โดยไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และสัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่น letter of credit หรือสัญญาค้ำประกัน จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปที่ใช้กับกฎหมายลักษณะสัญญา และไม่อาจนำไปปรับใช้โดยตรงกับสัญญาก่อสร้าง สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ จำนอง หรือประกันภัยได้ ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1979 มีการประกาศ Restatement of Contracts Second โดยได้รับรองหลักสุจริตในสัญญาไว้ในฐานะหลักทั่วไป ดังที่ปรากฏใน § 205 Duty of Good Faith and Fair Dealing ซึ่งตราไว้ว่าสัญญาทั้งปวงย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ในการใช้สิทธิและการชำระหนี้โดยสุจริตและเป็นธรรม

ตัวอย่างการปรับใช้หลักสุจริตในอเมริกาที่สำคัญ ได้แก่ กรณีการเข้าเจรจาทำสัญญาโดยฝ่าฝืนความสุจริต เช่น ผู้เข้าเจรจายกหนึ่งแจ้งให้คู่กรณีในการเจรจาเชื่อว่า หากฝ่ายนั้นตกลงออกค่าใช้จ่ายหรือดำเนินการบางประการ ผู้เข้าเจรจาจะตกลงทำสัญญาด้วย แต่เมื่อคู่กรณีได้ออกค่าใช้จ่ายนั้นแล้ว ผู้เข้าเจรจากลับปฏิเสธการเจรจาต่อไป

กรณีการเข้าเจรจาโดยไม่เปิดเผยข้อความจริง เช่น ผู้สนใจซื้อที่ดินรายหนึ่งเข้าไปสำรวจที่ดินของผู้ขาย และพบว่าที่ดินแปลงนั้นมีแร่มีราคา ซึ่งเจ้าของผู้ขายไม่รู้ เมื่อผู้สนใจซื้อรายนี้ได้เจรจาขอซื้อที่ดินแปลงนี้จากเจ้าของ เขาไม่ได้บอกความจริงเช่นว่านี้แก่เจ้าของที่ดิน เป็นเหตุ

¹⁷ CE, 16 juillet. (2007). Société Tropic travaux signalization, n°291545, AJDA. p. 1577.

¹⁸ หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ (น. 54-57). เล่มเดิม.

ทำให้เจ้าของที่ดินตกลงขายให้ในราคาถูกกว่าราคาที่เขาคควรได้ ดังนั้น จึงถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

หลักสุจริตนอกจากจะนำมาใช้กับคดีในสัญญาทางแพ่งแล้ว ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา ศาลได้มีการวินิจฉัยโดยอ้างอิงถึงหลักสุจริตด้วย ซึ่งผู้ศึกษาจะขอยกตัวอย่างที่ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ดังนี้

4.3.2 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา¹⁹

4.3.2.1 ตัวอย่างคดีที่ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา

คดี First National Bank v. F.C. Trebein Co. (1898)

คดีนี้ศาลได้ให้นิยามหลักสุจริตไว้ว่า “หลักสุจริตในกฎหมายมิได้พิจารณาจากสิทธิที่พึงมีพึงได้ตามสามัญสำนึกของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่จะพิจารณาจากสิทธิที่วิญญูชนโดยทั่วไปพึงมีพึงได้ในการเข้าตกลงทำสัญญากับบุคคลอื่น”

คดี Squirrel Creek Assoc v. United States (1986)/Kalvar Corp v. United States (1976) /Librach v. United States (1959)/ คดี Knotts v. United States (1954)

คดีนี้ศาลได้วางหลักไว้ว่า ในสัญญาระหว่างฝ่ายเอกชนกับฝ่ายรัฐ ย่อมมีข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายรัฐได้กระทำการตามสิทธิหน้าที่ตามที่กำหนดในข้อสัญญาไปโดยสุจริต

คดี Knotts v. United States (1954)

คดีนี้ศาลได้วางหลักไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีพยานหลักฐานที่ไม่สามารถโต้แย้งได้ มาหักล้างข้อสันนิษฐานของศาลที่ว่ารัฐได้กระทำการโดยสุจริตและตกลงเข้าทำสัญญากับเอกชนอย่างไม่เป็นธรรม อันเป็นหลักการที่ทำให้ภาระการพิสูจน์ตกเป็นของฝ่ายเอกชนว่าฝ่ายรัฐได้กระทำการโดยฝ่าฝืนหลักสุจริตอย่างไร ซึ่งคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีมูลเหตุจูงใจในทางส่วนตัวในการออกคำสั่งเลิกจ้างโจทก์ รัฐจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา

คดี Kalvar Corp v. United States (1976)

โจทก์ได้รับเลือกผ่านทางหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่จัดหาพัสดุของรัฐ (General Service Administration GSA) ให้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐหลายหน่วยงานเพื่อถ่ายทำภารกิจของหน่วยงานรัฐนั้นๆ ซึ่งหนึ่งในหน่วยงานของรัฐชื่อ IRS ได้มีคำขอมายัง GSA เพื่อขอให้โจทก์ดำเนินการถ่ายทำภารกิจให้กับตน แต่ปรากฏว่า GSA ได้ให้บริษัทอื่นชื่อ Xidex Corporation เข้าดำเนินการดังกล่าวให้แก่ IRS แทน ด้วยเหตุผลดังกล่าวโจทก์จึงมีหนังสือโต้แย้งสิทธิของตนเองไป

¹⁹ From *Good Faith and Fair Dealing : The Well-Nigh Irrefragable Need for a New Standard in Public Contract Law* (pp.87-125), by Daniel E. Toomey, William B. Fisher, and Laurie F. Curry. (1990). *Public Contract Law Journal*. Vol. 20 No.1..

ยัง GSA และได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเนื่องจากรัฐผิดสัญญา โดยโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่างานถ่ายทำของ Xidex Corporation มีลักษณะเป็นงานถ่ายทำพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ในสัญญาที่ GSA ตกลงให้โจทก์เข้ารับผิดชอบดำเนินการให้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ารัฐมิได้ผิดสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด โดยให้เหตุผลว่าการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่รับผิดชอบได้อ่านข้อความในสัญญาและเข้าใจคลาดเคลื่อนไป อันเป็นผลทำให้โจทก์เสียนงานดังกล่าวไปนั้น มิได้เกิดจากเจตนาที่ไม่สุจริตแต่อย่างใด ทั้งนี้ ฝ่ายโจทก์เองก็ไม่สามารถแสดงให้เห็นอย่างเพียงพอว่ารัฐมีเจตนามุ่งร้ายเพื่อก่อความเสียหายแก่โจทก์ อันเป็นการวางหลักว่าในการต่อสู้คดีเรื่องหลักสุจริตไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องแสดงให้เห็นว่าฝ่ายรัฐนั้นมีเจตนา โดยเฉพาะเจาะจงที่จะสร้างความเสียหายแก่ตน โดยฝ่ายเอกชนต้องแสดงพยานหลักฐานที่มีสาระสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาอันไม่สุจริตของฝ่ายรัฐ

คดี Librach v. United States (1959)

คดีนี้ศาลได้วางหลักไว้ว่า ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเจตนาโดยไม่สุจริตในการตกลงเข้าทำสัญญากับฝ่ายเอกชนหรือไม่นั้น ต้องเริ่มจากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการใดๆ โดยรู้สำนึกในหน้าที่ของตนเอง ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้ผิดสัญญา เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้มีเจตนาที่มุ่งร้ายต่อโจทก์แต่อย่างใด

คดี Industrial Contractors Corp. & Fireman's Fund Ins. Co. v. United States (1990)

เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เข้าทำสัญญาตระหนักดีว่าวิธีการอัดดินแบบทั่วไปสามารถทำให้งานสำเร็จลงได้ แต่กลับยื่นกรณินให้คู่สัญญาดำเนินการอัดดินแบบพิเศษตามที่กำหนดไว้ในสัญญาซึ่งเป็นกระบวนการที่สร้างภาระและค่าใช้จ่ายแก่คู่สัญญาเกินจำเป็น ซึ่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำโดยสุจริตของฝ่ายรัฐจะไม่สมเหตุผล หากปรากฏว่าฝ่ายรัฐทราบว่ามีทางเลือกอื่นๆ นอกจากที่กำหนดไว้ในสัญญาซึ่งสมเหตุสมผลกว่าและเป็นที่ยอมรับได้ในการแก้ไขปัญหา แต่ฝ่ายรัฐกลับยื่นกรณินให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาซึ่งทำให้สร้างความเสียหายและภาระเกินจำเป็นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

คดี Allied Material & Equip Co., Ltd. v. United States

สถานะทางการเงินของโจทก์ที่ขาดสภาพคล่องเป็นผลมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจชำระเงินให้แก่โจทก์ได้เนื่องจากความรับผิดชอบของตนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน คดีนี้มีการตกลงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นคู่สัญญาได้เสนอค่าเสียหายจำนวนเงิน \$192,000 ให้แก่โจทก์ ในขณะที่โจทก์ได้เรียกร้องค่าเสียหายจำนวน \$923,000 โจทก์จึงปฏิเสธเงินจำนวนดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบมาว่าโจทก์กำลังประสบภาวะขาดสภาพคล่องทางการเงินจึงได้แจ้งโจทก์ให้เลือกระหว่างยอมรับเงินจำนวนดังกล่าวหรือไม่

ได้รับค่าเสียหายใดๆ เลย ศาลได้พิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำโดยเจตนาที่ไม่สุจริต

4.3.2.2 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเมื่อนำหลักสุจริตมาใช้

1) หน้าที่ไม่กระทำการขัดขวางการปฏิบัติตามสัญญา

คดี *Nash & Cibinic v. United States / George C. Fuller Co. v. United States* (1947)

ในทุกสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ แม้มิได้ตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักทั่วไปที่รู้กันว่าทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่จะเป็นการขัดขวางการปฏิบัติตามสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งหรือกระทำการอันเป็นอุปสรรคหรือทำให้การดำเนินการของอีกฝ่ายหนึ่งเกิดความล่าช้า

คดี *Triax Co., Inc., v. United States*

การที่ฝ่ายรัฐตีความข้อสัญญาในทางที่ทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต

คดี *Cage Co. of Abilene, Inc., v. United States*

การที่หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการหักกลบบทนี้โดยไม่มีอำนาจตามสัญญาซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินอย่างรุนแรงเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต

คดี *PBI Elec. Corp. v. United States* (1989)

หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการให้ข้อมูลแก่เอกชนคู่สัญญาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงบางอย่างที่จำเป็นมิได้เป็นหน้าที่ที่ถูกกำหนดขึ้น โดยข้อสัญญาที่มีการตกลงกันเป็นการเฉพาะเท่านั้น แต่ยังเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยผลของหลักกฎหมายสัญญาภาครัฐด้วย ดังนั้น การที่รัฐไม่ให้ข้อมูลตามที่คู่สัญญาร้องขอ รัฐจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา

คดี *Khem Corp. v. United States* (1950)

การที่หน่วยงานของรัฐให้ข้อมูลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งล่าช้าไปแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงการที่ส่งมอบวัสดุต่างๆ ให้ล่าช้า เป็นการทำผิดสัญญา

2) หน้าที่ระบุงการดำเนินการต่างๆ ด้วยความชัดเจน

คดี *Atlas Fabricators, Inc., v. United States*

หน่วยงานของรัฐมีสิทธิโดยชอบที่จะบังคับการให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และไม่จำเป็นต้องยึดหยุ่นข้อกำหนดหรือให้ความสะดวกอื่นใดแก่คู่สัญญาให้ดำเนินการได้ง่ายขึ้น ตราบเท่าที่ข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญานั้นยังเป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้และไม่กระทบผลประโยชน์ทางการค้าเกินควร

คดี *Chris Berg Inc., & Assocs v. United States*

การที่เจ้าหน้าที่รัฐมิได้หาวิธีการอื่นใดหรือมิได้ยื่นยันให้ใช้วิธีการอื่นใดนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาเนื่องจากคิดว่าวิธีการดังกล่าวดีกว่าวิธีการที่คู่สัญญาเสนอ เป็นการกระทำที่ชอบแล้ว

3) หน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่อยู่ในความดูแลของรัฐ

คดี *United States v. Spearin* (1981)

หน่วยงานของรัฐทราบว่าท่อระบายน้ำเสียมมีปัญหาและเป็นผลให้เกิดน้ำท่วมในพื้นที่ที่คู่สัญญาเข้าทำงาน แต่มิได้แจ้งแก่คู่สัญญา ถือเป็นกรกระทำที่ไม่สุจริต

คดี *Helene Curtis Industries v. United States* (1963)

การที่หน่วยงานของรัฐครอบครองข้อมูลที่สำคัญแต่ได้เพิกเฉย ไม่ยอมเปิดเผยข้อมูลให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกี่ยวกับข้อกำหนดในการผลิตเคมีภัณฑ์ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดข้อมูลสำคัญในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นการกระทำที่ไม่สุจริต

4) การใช้ดุลยพินิจโดยรัฐจะต้องมีเหตุผล

คดี *Drain-A-Way Sys. v. United States*

กฎระเบียบของทางราชการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะคู่สัญญาต้องแจ้งวิธีการใช้สิทธิฟ้องคดีในกรณีที่ฝ่ายรัฐได้บอกเลิกสัญญา ทำให้คู่สัญญาเอกชนใช้สิทธิฟ้องคดีไม่ถูกต้องและเกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น เป็นการดำเนินการโดยไม่สุจริต

คดี *Penker Constr. Co. v. United States* (1942)

สิทธิของคู่สัญญาในการชี้แจง ร้องขอ ไม่ได้รับการรับฟังและพิจารณาตามสมควรจากฝ่ายรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นกรณีที่ฝ่ายรัฐไม่สุจริตและไม่ดำเนินการตามหลักการของข้อสัญญาที่เป็นธรรม

4.3.2.3 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับแนวทางการตีความใหม่เรื่องการลดภาระการพิสูจน์ของเอกชน

คดี *Nash Janitorial Servs., Inc., v. United States*

หน้าที่ของฝ่ายรัฐที่ต้องดำเนินการใดๆ ตามสัญญาโดยให้เป็นไปได้ด้วยความสุจริตเป็นหน้าที่ที่ต้องตีความโดยเคร่งครัดมากกว่าหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง เนื่องจากในสัญญาที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญานั้น มีข้อกำหนดที่กำหนดให้ฝ่ายรัฐสามารถที่จะกำหนดและสั่งการใดๆ ต่อกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยความต้องการของฝ่ายรัฐฝ่ายเดียวได้

คดี Malone v. United States (1988)

เอกชนคู่สัญญาตกลงจะทาสีและปรับปรุงสภาพบ้านพักจำนวน 265 หลังของฐานทัพอากาศที่ตั้งอยู่ในเมือง Warner-Robins มลรัฐจอร์เจีย โดยสัญญามีข้อกำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทาสีและปรับปรุงสภาพบ้านหลังแรกให้แล้วเสร็จก่อนเพื่อเป็นบ้านตัวอย่างที่จะเป็นมาตรฐานในการดำเนินการทาสีและปรับปรุงสภาพบ้านพักที่เหลือ ด้วยเหตุนี้โจทก์จึงมีหน้าที่ต้องดำเนินการในบ้านหลังแรกให้เสร็จก่อนแล้วจึงค่อยดำเนินการกับบ้านพักหลังอื่นๆ ต่อเมื่อการปรับปรุงสภาพบ้านหลังแรกผ่านการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญา ปรากฏว่าในการตรวจงานครั้งแรกนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ค่อยพอใจคุณภาพงานของโจทก์เท่าใดนัก แต่แทนที่จะแจ้งปัญหาให้โจทก์ดำเนินการแก้ไข เจ้าหน้าที่ของรัฐกลับปล่อยให้โจทก์ดำเนินการต่อไป โดยในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของรัฐได้พยายามคิดหาช่องทางแก้ไขสัญญา ในขณะที่โจทก์ก็ดำเนินการปรับปรุงสภาพบ้านพักหลังตัวอย่างต่อไปและขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายต่อหลายครั้ง แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งยังคงไม่พอใจในคุณภาพงานของโจทก์ก็ใช้การนิ่งเฉยและไม่แจ้งความเห็นใดๆ แต่ก็ยังคงจ่ายเงินค่าดำเนินการตามใบแจ้งหนี้ที่โจทก์ยื่นขอรับชำระตามปกติ ต่อมาเมื่อโจทก์ดำเนินการปรับปรุงสภาพบ้านพักหลังตัวอย่างไปได้เกือบร้อยละ 70 เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แจ้งให้โจทก์ทราบว่าผลงานของโจทก์ที่ดำเนินการมาไม่ผ่านการอนุมัติและให้โจทก์ดำเนินการใหม่ทั้งหมด โจทก์ปฏิเสธที่จะดำเนินการใหม่ หน่วยงานของรัฐจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงที่จะตอบหนังสือขอความเห็นชอบของโจทก์โดยการนิ่งเฉย แต่กลับยอมชำระเงินให้แก่โจทก์ตามใบแจ้งหนี้ทำให้โจทก์เข้าใจว่าการดำเนินการที่ผ่านมาเป็นอันใช้ได้ รัฐจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาด้วยเหตุที่เป็นสาระสำคัญ

คำพิพากษาในคดีนี้มีที่น่าสนใจตรงที่ศาลไม่ได้เอ่ยถึงภาระการพิสูจน์ของเอกชนอีกต่อไปว่าจะต้องแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่ไม่อาจโต้แย้งได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเจตนาไม่สุจริตเพื่อสร้างความเสียหายแก่โจทก์ รวมถึงศาลมิได้เอ่ยถึงเจตนาภายในของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเกี่ยวข้อง ทั้งยังมีได้เอ่ยถึงระดับความยุ่งยากที่ฝ่ายรัฐนั้นก่อให้เกิดแก่เอกชน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลในคดีนี้ได้ลดภาระการพิสูจน์ของเอกชนว่าฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายทำผิดสัญญาโดยเจตนาไม่สุจริต และให้ความสำคัญกับการพิจารณาว่าการหลีกเลี่ยงของรัฐโดยการละเว้นหรือการเพิกเฉยใดๆ เป็นการกระทำที่ขัดกับหลักสุจริต ซึ่งทำให้เกิดหลักการใหม่ว่าแม้จะมีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายที่ดำเนินการตามสัญญาโดยสุจริตก็ตาม แต่ฝ่ายรัฐก็ต้องดำเนินการตามหน้าที่ของตนที่กำหนดในสัญญาอย่างถูกต้องและภายในเวลาอันสมควร ซึ่งทำให้ฝ่ายรัฐอยู่ภายใต้บังคับเดียวกันกับคู่สัญญาที่เป็นเอกชนทั่วไป

คดี Maxima Corp. v. United States (1988)

คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายรัฐได้ตกลงให้โจทก์ดำเนินงานด้านการจัดพิมพ์เอกสาร และงานธุรการอื่นๆ ซึ่งในข้อสัญญาได้กำหนดจำนวนเงินค่าบริการขั้นต่ำที่ฝ่ายรัฐต้องจ่ายให้แก่โจทก์ในแต่ละเดือนเป็นอัตราค่าจ้างเหมาโดยไม่ต้องคำนึงถึงปริมาณงานที่ฝ่ายรัฐให้โจทก์เข้าดำเนินการ แต่ปรากฏว่าเมื่อสัญญาสิ้นสุดลง ฝ่ายรัฐได้พยายามที่จะเรียกเงินส่วนต่างคืนจากโจทก์เนื่องจากการที่ฝ่ายรัฐได้ใช้บริการโจทก์ต่ำกว่าค่าบริการขั้นต่ำที่ฝ่ายรัฐต้องจ่ายไป โดยยกข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาไม่ว่าในเวลาใดๆ ขึ้นอ้าง ศาลพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า ฝ่ายรัฐไม่อาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาย้อนหลังได้เพราะฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายที่ไม่เคยเรียกใช้บริการจากโจทก์ให้เท่ากับมูลค่าการบริการขั้นต่ำตามที่ตกลงกันในสัญญาเอง

คดีนี้ศาลได้วางหลักการว่า แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐก็มีได้ทำให้ “หลักการเข้าทำสัญญาโดยเป็นธรรมกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย” ถูกใช้บังคับน้อยลงแต่อย่างไร

คดี Industrial Constructors Corp. & Fireman's Fund Ins. Co. v. United States (1990)

โจทก์เป็นบริษัทให้บริการวางท่อระบายน้ำ โจทก์ได้ตกลงวางท่อความยาวประมาณ 22 ไมล์ให้แก่หน่วยงานของรัฐโดยข้อสัญญาได้กำหนดว่าโจทก์ต้องใช้วิธีการอัดดินที่เป็นกระบวนการพิเศษ เมื่อโจทก์ลงพื้นที่เพื่อเข้าดำเนินการ โจทก์พบว่าสภาพพื้นดินนั้นไม่อาจใช้วิธีการอัดดินโดยกระบวนการพิเศษได้ โดยให้เหตุผลว่าจะทำให้เกิดค่าใช้จ่ายสูงเกินจำเป็นและทำให้เสียเวลาในการดำเนินการมากเกินไป โจทก์จึงร้องขอให้รัฐยกเลิกการใช้กระบวนการอัดดินที่ยุ่งยากดังกล่าว แต่ได้ถูกฝ่ายรัฐปฏิเสธอย่างต่อเนื่อง ทั้งๆ ที่มีหลักฐานจากโจทก์แสดงให้เห็นว่ากระบวนการอัดดินตามแบบที่โจทก์เสนอจะสามารถทำให้สำเร็จลุล่วงได้ก็ตาม นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิเสธคำขอของโจทก์ทั้งที่รู้ว่าหน่วยงานออกแบบวิศวกรรมของโครงการได้ระบุว่าไม่มีข้อขัดข้องว่าจะใช้กระบวนการใดในการอัดดิน ทรายเท่าที่ทำได้ผลงานสำเร็จลงได้ตรงตามที่ต้องการ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำดังกล่าวทำให้คู่สัญญาไม่มีทางเลือกในการดำเนินการอื่นใดและทำให้ต้องล้มละลายในที่สุด หน่วยงานของรัฐจึงเป็นฝ่ายที่ดำเนินการโดยไม่สุจริต โดยศาลให้เหตุผลชัดเจนว่า “หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาอย่างเป็นธรรมจะต้องใช้บังคับกับฝ่ายรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาอย่างเคร่งครัดเท่ากับที่ใช้บังคับกับเอกชนอื่นๆ”

4.4 หลักสุจริตในระบบกฎหมายไทย

4.4.1 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในกฎหมายไทย

บทบัญญัติของหลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรมที่พัฒนามาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแพ่งของไทย โดยบัญญัติไว้ในบรรพ 1 อันเป็นบรรพทั่วไป ซึ่ง

บัญญัติในเรื่องกรณีการใช้สิทธิของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายแพ่งหรือสิทธิตามสัญญาซึ่งเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรอง ล้วนแต่ต้องกระทำโดยสุจริต ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติว่า การใช้สิทธิแห่งตนก็ดี การชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนจะต้องกระทำโดยสุจริต²⁰

หลักสุจริตเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักการ มีความยืดหยุ่น ไม่แข็งกระด้าง หรือเคร่งครัดตายตัว จึงเป็นกฎหมายที่เปิดช่องทางให้แก่ความรู้สึกรู้สึกนึกคิดของบุคคลในสังคมแต่ละยุคสมัย รวมถึงศีลธรรมอันดีของประชาชน และขนบธรรมเนียม ประเพณี จารีตประเพณี โดยให้เข้ามามีส่วนปรุงแต่งเนื้อหาของกฎหมายให้ทันสมัย หลักสุจริตจึงเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักการของบทกฎหมายยุคธรรมที่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับตัวบทมาตราต่างๆ ซึ่งจะเปรียบเสมือนหน้าต่าง (Window) ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้คอยเปิดรับอากาศบริสุทธิ์ภายนอก ได้แก่ ความรู้สึกรู้สึกนึกคิด แนวความคิดของสังคม ศีลธรรมอันดีของประชาชน และขนบธรรมเนียม ประเพณี จารีตประเพณี ว่ามีมาตรฐานหรือบรรทัดฐานของสังคมอย่างไร²¹

ความหมายของคำว่า สุจริต ตามมาตรา 5 มีความหมายโดยทั่วไปกว้างๆ ไม่ได้หมายความว่าโดยเฉพาะเจาะจงบทบัญญัติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพียงแต่วางหลักในการใช้บังคับแก่การใช้สิทธิ และการชำระหนี้ในทางแพ่งโดยทั่วไป นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่เป็นหลักสุจริตที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะเรื่อง ซึ่งคำว่า สุจริต จะหมายถึงการไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง โดยถือว่าบุคคลนั้นทำการ โดยสุจริต หรือถ้าเป็นกรณีที่บุคคลนั้นรู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องซึ่งถือว่าบุคคลนั้นทำการ โดยไม่สุจริต²²

อย่างไรก็ดี นอกจากการนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปแล้ว หลักสุจริตได้ถูกนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองด้วย ซึ่งตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองได้แบ่งเหตุจะใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไว้ 5 ประการ โดยส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตที่เป็นเหตุที่จะนำมาใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ คือ มีการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยการบิดเบือนอำนาจหรือไม่สุจริต ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้ถือว่าทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นเหตุที่ทำให้ศาลยกขึ้นอ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมนั้นเสียได้ โดยเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เมื่อการทำนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นไปโดยบิดเบือนอำนาจนั้น ได้นำมาบัญญัติไว้เป็นหนึ่งใน 5 เหตุ

²⁰ จาก หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526, กรุงเทพฯ: (ม.ป.พ).

²¹ จาก กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (น. 227), โดย รัฐสิทธิ คุรุสุวรรณ, 2555, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

²² แหล่งเดิม. (น. 230).

และบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดอันเนื่องมาจาก ... กระทำโดยไม่สุจริต

การบิดเบือนอำนาจเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจของตนกระทำการใดๆ เพื่อวัตถุประสงค์อื่น นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งโดยปกติฝ่ายปกครองจะได้รับอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็อำนาจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น ในการค้นหาว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการไปโดยบิดเบือนอำนาจที่ตนมีดังกล่าวหรือไม่ นั้น เป็นเรื่องการค้นหาความตั้งใจของฝ่ายปกครองในขณะทำนิติกรรมนั้นว่ามีเช่นไร เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งการค้นหาในเรื่องดังกล่าวนี้ทำได้ยากมากและจะยกเหตุนี้มาใช้อ้างก็ต่อเมื่อไม่อาจหาเหตุอื่นมาใช้อ้างได้แล้วนั่นเอง ซึ่งการที่จะกล่าวอ้างนิติกรรมที่ออกมานั้นเป็นไปโดยการบิดเบือนอำนาจหรือกระทำไม่สุจริตนั้น จะต้องปรากฏว่า นิติกรรมที่ออกมานั้นถูกต้องตามแบบและไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นใด และตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นจะต้องมีอำนาจดุลพินิจไม่มากนักน้อย โดยเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกรณีที่มีการบิดเบือนอำนาจนั้น อาจแบ่งได้ดังนี้ คือ การบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์อย่างใดโดยเฉพาะ เช่น การออกมาคำสั่งแต่คำสั่งนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแทนที่จะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น ทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้สั่ง เช่น นายกเทศมนตรีออกคำสั่งพักราชการถึง 10 ครั้ง เพราะมีเหตุความแค้นเป็นการส่วนตัว หรือกรณีการออกกฎฎีกากำหนดบริเวณที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อใช้ทำแหล่งน้ำเพื่อประโยชน์ของบริษัทเอกชนโดยเฉพาะเท่านั้น หรือการออกคำสั่งโดยบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ประโยชน์สาธารณะดังกล่าว กฎหมายมิได้ต้องการให้ทำ²³

4.4.2 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองของไทย

จากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพบว่า ที่ผ่านมามีการจัดตั้งศาลปกครองไทย ศาลปกครองได้มีการนำเอาหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ในการวินิจฉัยกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หลายคดี ดังนี้

²³ จาก เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ (2545, มิถุนายน). *วารสารนิติศาสตร์*, 32, 2, น. 248-288.

4.4.2.1 การนำหลักสุจริตมาใช้กับกรณีข้อเท็จจริงได้เปลี่ยนแปลงไป

เป็นกรณีภายหลังจากทำสัญญาเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินสมควร ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใช้เอกสิทธิ์เพื่อแก้ไขสัญญาให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่ได้เปลี่ยนแปลงไป และศาลวินิจฉัยว่าการไม่ดำเนินการดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554 ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็ก ขนาดกว้าง 7 เมตร ยาว 30 เมตร สูง 3.50 เมตร (มีทางเท้าและใช้เชื่อมต่อ) พร้อมถมดินลูกรังบดอัดคอสะพาน ภายหลังจากผู้ฟ้องคดีเข้าทำงาน ผู้ฟ้องคดีได้ทดสอบชั้นดินด้วยวิธีใช้แท่งเหล็กตอกลงไปในดินที่จะก่อสร้างแต่พบว่าไม่สามารถตอกได้ ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีอนุมัติเปลี่ยนแปลงแบบฐานรากสะพานจากแบบตอกเสาเข็มเป็นแบบฐานแผ่ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อนุมัติตามคำขอ ผู้ฟ้องคดีได้ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทบทวนและไม่ได้เข้าทำงานภายในกำหนดเวลาตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ จึงบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีและทำสัญญาจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้เข้าทำงานแทน ศาลเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ดำเนินการให้มีการสำรวจสภาพดินบริเวณที่จะก่อสร้างสะพานว่าจะใช้ฐานรากของสะพานเป็นแบบตอกเสาเข็มหรือแบบฐานแผ่ก่อนการสอบราคาจ้าง แต่กลับประกาศสอบราคาจ้างโดยกำหนดให้ก่อสร้างฐานรากสะพานเป็นแบบตอกเสาเข็มเมื่อมีความเห็นทั้งจากผู้ฟ้องคดีและสำนักงานโยธาธิการจังหวัดตากว่าควรจะทำก่อสร้างเป็นฐานรากแบบแผ่ ผู้ถูกฟ้องคดีกลับไม่ทดสอบให้ชัดเจนว่าเป็นไปตามนั้นหรือไม่ กลับใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงานภายในกำหนดเวลาตามสัญญา จึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้วินิจฉัยกับกรณีการบอกเลิกสัญญา โดยเห็นว่าหากเงื่อนไขที่เคยตกลงกันในสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิปรับหรือแก้ไขเนื้อหาของข้อสัญญาที่เป็นปัญหานั้น ตามข้อ 58 วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ที่กำหนดให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่องค์การบริหารส่วนตำบล ... เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญา แต่กลับไม่ดำเนินการใด ๆ ปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าปฏิบัติงานตามสัญญาได้ แล้วอาศัยเหตุดังกล่าวบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี ทั้งที่ปัญหาที่เกิดขึ้นเกิดจากความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีที่

ไม่สำรวจสภาพดินบริเวณที่จะก่อสร้างสะพานก่อนการประกาศสอบราคาจ้าง การบอกเลิกสัญญา จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

4.4.2.2 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา

สัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ มีข้อกำหนดใน สัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐเป็น อำนาจพิเศษตามกฎหมาย ที่ฝ่ายรัฐกระทำต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้การปกครองของตน โดยฝ่ายรัฐนั้น จะมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้ ก็เนื่องจากหน้าที่อันสำคัญของฝ่ายรัฐ คือ การบริการสาธารณะ²⁴ และเนื่องจากเนื้อหาของสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องของการบริการสาธารณะ ซึ่งจำเป็นต้องปรับปรุง เปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจในการ แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว การให้อำนาจพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองในการ แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะจะปรากฏในรูปข้อตกลงในสัญญากับ ข้อตกลงกันในทางกฎหมาย โดยตามแบบของสัญญาจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วย การพัสดุ พ.ศ. 2535 จะกำหนดเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไว้ในสัญญา “ข้อ 16 งาน พิเศษและการแก้ไขงาน” มีสาระสำคัญว่า ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะตั้งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้ แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิตั้งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วยโดยไม่ทำให้สัญญา เป็นโมฆะแต่อย่างใด ส่วนข้อตกลงกันในทางกฎหมาย สำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา จะกำหนดไว้ในข้อ 136 ของระเบียบดังกล่าว โดยมี สาระสำคัญว่า สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่ การแก้ไวนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อ ประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง มิให้อำนาจที่ฝ่ายปกครองนั้นจะสามารถใช้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องถูกจำกัดหรือถูกควบคุม ภายใต้อำนาจจำกัดที่หน่วยงานทางปกครองจะใช้อำนาจนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีมูลเหตุความจำเป็นเพื่อการ บริการสาธารณะ การแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดในสัญญาจะต้องไม่เกินขนาด หรือหากมีการแก้ไข เพิ่มเติมข้อกำหนดในสัญญาแล้วส่งผลให้เกิดภาระกับคู่สัญญาอีกฝ่าย หน่วยงานทางปกครอง จะต้องจ่ายค่าทดแทน หรือขยายระยะเวลาการดำเนินการตามสัญญาให้แก่อีกฝ่ายด้วย นอกจากนี้

²⁴ จาก เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). (น. 19), โดย ไพทิต เอกจิกร, 2526, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หน่วยงานทางปกครองจะอาศัยอำนาจพิเศษแก้ไขสัญญาโดยลดค่าตอบแทนที่จะต้องจ่ายให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาไม่ได้²⁵ โดยตัวอย่างคดีที่ศาลนำหลักสุจริตมาใช้วินิจฉัยกับการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไข เพิ่มเติมข้อสัญญา เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.91/2557 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน) ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียน จำนวน 1 หลัง ที่โรงเรียนบ้านหนองแห้ว โดยใช้เงินอุดหนุนขององค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่น กำหนดจ่ายเงินค่าจ้างเป็น 4 งวด งวดที่ 1 และที่ 2 เป็นเงินงวดละ 400,000 บาท งวดที่ 3 และที่ 4 เป็นเงินงวดละ 500,000 บาท ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างงานในงวดที่ 1 และที่ 2 แล้วเสร็จ และได้รับเงินค่าก่อสร้างแล้ว รวมถึงก่อสร้างงานงวดที่ 3 จนแล้วเสร็จ ส่วนงวดที่ 4 แล้วเสร็จบางส่วน ผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานงวดที่ 3 และขอเบิกเงินค่าจ้าง แต่คณะกรรมการตรวจการจ้างไม่ตรวจรับงาน และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาขอนแก่น เขต 5) ไม่จ่ายเงินในงวดที่ 3 ให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าศาลจังหวัดขอนแก่นมีคำพิพากษาว่าการออกข้อบัญญัติชั่วคราว เรื่อง งบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2542 ลงวันที่ 27 กันยายน 2542 ขัดต่อกฎหมายและตกเป็นโมฆะ ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่มีงบประมาณที่จะจ่ายค่าจ้างในงวดที่ 3 และที่ 4 ได้ ศาลเห็นว่าในสัญญามีบันทึกแนบท้ายระบุว่า เงินที่ใช้ก่อสร้างได้รับการสนับสนุนจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่น จำนวน 1,800,000 บาท แต่ขณะทำสัญญานี้ได้รับในขั้นต้นเพียง 800,000 บาท และคู่สัญญาดตกลงกันว่า จะดำเนินการก่อสร้างตามเงินที่ได้รับในขั้นต้นก่อน และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะจ่ายเงินงวดที่ 1 และที่ 2 จำนวน 800,000 บาท โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะจ่ายเงินงวดที่ 3 และที่ 4 ก็ต่อเมื่อได้รับการโอนเงินจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่นอีกจำนวน 1,000,000 บาท จึงเห็นได้ว่าบันทึกแนบท้ายสัญญานี้เป็นการเพิ่มเติมข้อสัญญาเดิม ผู้ฟ้องคดีจะก่อสร้างงานงวดที่ 3 และที่ 4 ได้ก็ต่อเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รับเงินจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่นแล้ว เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทราบคืออยู่แล้วว่าไม่มีงบประมาณที่จะจ่ายค่าจ้างงวดที่ 3 และที่ 4 เนื่องจากศาลจังหวัดขอนแก่นพิพากษาให้ข้อบัญญัติชั่วคราวข้างต้นตกเป็นโมฆะ และการที่ผู้ฟ้องคดีทำก่อสร้างอาคารเรียนงวดที่ 3 และที่ 4 ก็ต้องใช้คนงาน เครื่องมือ และวัสดุอุปกรณ์เป็นจำนวนมาก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ย่อมต้องทราบหรือรู้เห็นถึงการก่อสร้างดังกล่าว ซึ่งหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต้องการให้ผู้ฟ้องคดีหยุดทำการก่อสร้างก็ชอบที่จะทำได้ ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะได้รับเงินอุดหนุนหรือไม่ หรือกรณีศาลจังหวัดขอนแก่นพิพากษาว่าข้อบัญญัติชั่วคราวข้างต้นขัดต่อกฎหมายและตกเป็นโมฆะก็เป็นปัญหาของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเองที่จะต้องตัดสินใจว่าจะดำเนินการก่อสร้างต่อไปหรือไม่ มิใช่เรื่องที่

²⁵ จาก *ผลของสัญญาทางปกครอง*. รวมบทความที่ระลึกในงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร, โดย พนม เอี่ยมประยูร, 2545, น. 90-91.

ผู้ฟ้องคดีจะต้องรับผิดชอบ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างงานงวดที่ 3 แล้วเสร็จ และงานงวดที่ 4 ใกล้เคียงแล้วเสร็จ แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานจ้างงวดที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับไม่ตรวจรับงานจ้างและไม่จ่ายค่าจ้าง พฤติการณ์ดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยถึงการใช้ออกสิทธิในการเพิ่มเติมสัญญาว่า จะต้องเป็นไปเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิเพิ่มเติมสัญญาและปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างงานงวดที่ 3 แล้วเสร็จ และงานงวดที่ 4 ใกล้เคียงแล้วเสร็จ แต่ไม่ตรวจรับงานเพราะไม่มีงบประมาณ ถือเป็นความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเองทั้งสิ้น การใช้สิทธิเพิ่มเติมสัญญาจึงมิใช่เป็นไปเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการแต่อย่างใด การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

4.4.2.3 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2108/2553 การที่สัญญาเช่าอู่และลานจอดรถยนต์ ซึ่งเมื่อครบกำหนดแล้วผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ) ยังคงใช้ประโยชน์ในที่ดิน แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาเช่าอู่จอดรถยนต์และอาคารซ่อมบำรุง ลงวันที่ 8 มิถุนายน 2549 โดยเช่าที่ดินทั้งสองแปลงตามสัญญาเช่าเดิมมีกำหนดเวลา 3 ปี ตั้งแต่วันที่ 7 มิถุนายน 2548 ถึงวันที่ 6 มิถุนายน 2551 โดยให้มีผลเป็นการเช่าย้อนหลัง 1 ปี อัตราค่าเช่าเดือนละ 628,524 บาท และผู้ฟ้องคดีได้คืนค่าเช่าที่เรียกเก็บตามสัญญาเช่าเดิมในอัตราเดือนละ 110,916 บาท เป็นเวลา 1 ปี รวมเป็นเงิน 1,330,992 บาท แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ต่อมาวันที่ 13 กรกฎาคม 2549 ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาเช่าดังกล่าว โดยให้มีผลในวันที่ 1 พฤศจิกายน 2549 ซึ่งแม้การบอกเลิกสัญญาจะเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา แต่ก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะตกลงทำสัญญาเช่าลงวันที่ 8 มิถุนายน 2549 ผู้ฟ้องคดีได้เสนอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาเช่าเป็นเวลา 3 ปี โดยจะลดค่าเช่าลงในอัตราร้อยละ 15 ของอัตราค่าเช่าเดิม ผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอให้ผู้ฟ้องคดีปรับปรุงซ่อมแซมพื้นที่เช่าตามรายการที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด เมื่อมีการทำสัญญาเช่าแล้ว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ตนต้องเสียค่าใช้จ่ายปรับปรุงซ่อมแซมพื้นที่เช่าจำนวนมาก จึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาเช่าเป็นเวลา 5 ปี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติให้ทำสัญญาเช่าเพียง 6 เดือน ผู้ฟ้องคดีขอให้ทำสัญญาเช่าเป็นเวลา 3 ปี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีมติให้ทำสัญญาเช่าเป็นเวลา 3 ปี และท้ายสุดผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาเช่ามีระยะเวลา 3 ปี โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้ประโยชน์ในการได้รับการลดค่าเช่าลงในอัตราร้อยละ 15 ของอัตราค่าเช่าเดิม ได้รับคืนค่าเช่าที่จ่ายตามอัตราเช่าเดิมเป็นเวลา 1 ปี เป็นเงิน 1,330,992 บาท การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาหลังจากทำสัญญารอบใหม่กันได้เพียง 35 วัน แสดงให้เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดี

ไม่มีเจตนาที่จะทำสัญญาให้มีระยะเวลา 3 ปี ผู้ถูกฟ้องคดีเพียงแต่ยินยอมทำสัญญาเช่าให้มีระยะเวลา 3 ปี ก็เพื่อได้รับประโยชน์ตามที่ได้กล่าวเท่านั้น จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

คดีนี้ศาลปกครองได้นำหลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้วินิจฉัยโดยเห็นว่า แม้การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจะเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา แต่ก่อนที่จะมีการทำสัญญากันได้มีการเจรจาต่อรองเป็นให้มีระยะเวลาเช่า 3 ปี และจะลดค่าเช่าลงร้อยละ 15 ของอัตราค่าเช่าเดิม พร้อมทั้งผู้ฟ้องคดีจะซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่าตามรายการที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด ตลอดจนผู้ฟ้องคดีจะคืนค่าเช่าที่จ่ายตามอัตราสัญญาเช่าเดิมเป็นเวลา 1 ปี เป็นเงินจำนวน 1,330,992 บาท ซึ่งผู้ฟ้องคดีคาดหมายได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะเช่าอยู่จนครบอายุสัญญาเช่า 3 ปี แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือบอกเลิกสัญญาเช่าหลังจากทำสัญญาได้เพียง 35 วัน แสดงให้เห็นว่า โดยแท้จริงแล้วผู้ถูกฟ้องคดีมิได้มีเจตนาที่จะทำสัญญาเช่าให้มีระยะเวลา 3 ปี แต่อย่างใด แต่การที่ยอมเช่าทำสัญญาเช่นนั้นก็เพื่อให้ได้รับประโยชน์โดยไม่สุจริต คือ ได้รับการลดค่าเช่าลงในอัตราร้อยละ 15 ของค่าเช่าเดิม และได้รับเงินคืนนั่นเอง

4.4.2.4 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างล่าช้า

1. กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดนำหลักสุจริตมาปรับใช้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 412/2557 ผู้ฟ้องคดี (เทศบาลตำบลบ่อตรุ) ได้ทำสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดีให้ก่อสร้างถนนลูกรัง ตามโครงการปรับปรุงภูมิทัศน์พังกุด โดยจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 22 กันยายน 2550 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทำงานไม่แล้วเสร็จ ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำบันทึกข้อตกลงว่าผู้ถูกฟ้องคดียินยอมเสียค่าปรับโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ และผู้ฟ้องคดีสัญญาว่าเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าปรับแล้วจะยินยอมให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำงานต่อไป แต่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างตามข้อตกลงได้ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือเร่งรัด แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการใดๆ อีกเลย ผู้ฟ้องคดีจึงบอกเลิกสัญญา ศาลวินิจฉัยว่า บันทึกข้อตกลงที่ผู้ถูกฟ้องคดียินยอมเสียค่าปรับเป็นข้อตกลงจากกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องชำระค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่อย่างไรก็ดี แม้เงินค่าปรับจะเป็นการลงโทษผู้รับจ้างจากการที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาจ้างได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาระยะเวลาการบอกเลิกสัญญาของผู้ฟ้องคดีแล้วเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีตั้งใจปล่อยให้ระยะเวลาผ่านไปเนิ่นนานเกินสมควร ผู้ฟ้องคดีเพียงแต่มีหนังสือ ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2551 เร่งรัดให้ผู้ถูกฟ้องคดี

ดำเนินการก่อสร้างโดยด่วนเท่านั้น มิได้ดำเนินการใดๆ ต่อไปภายในเวลาอันสมควรอีกเลย กรณีจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 510/2554 ผู้ถูกฟ้องคดี (เทศบาลเมืองโพธาราม) ได้ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างปรับปรุงสถานที่กำจัดขยะมูลฝอย แต่ภายหลังจากครบกำหนดระยะเวลาทำงานตามสัญญาในวันที่ 24 กันยายน 2543 ผู้ฟ้องคดียังทำงานไม่แล้วเสร็จ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้บอกเลิกสัญญาและยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการต่อไป ทั้งยังได้ขออนุมัติให้แก้ไขสัญญาตามที่ผู้ฟ้องคดีขอแก้ไขแบบ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีพบชั้นดินทรายในระดับความลึก 6 ถึง 8 เมตร ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาการพังทลายของชั้นดินและมีน้ำใต้ดินไหลขึ้นชั้นทรายทำให้การบดอัดดินเหนียวไม่ได้คุณภาพและจะทำให้หน้าจากขยะในบ่อฝังกลบไหลออกนอกบ่อฝังกลบ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำบันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญาแก้ไขแบบแปลนและปรับลดวงเงินค่าก่อสร้าง หลังจากนั้นได้เสนอขออนุมัติต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้แก้ไขสัญญาโดยได้ทำบันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญารับลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2545 ปรับแก้ไขแบบแปลน และแก้ไขกำหนดระยะเวลาการก่อสร้างแล้วเสร็จจากเดิมภายในวันที่ 24 กันยายน 2543 เป็นภายในวันที่ 27 สิงหาคม 2545 บันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญาดังกล่าวจึงถือว่ามีผลเปลี่ยนแปลงขยายวันทำงานจากเดิม ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ตกลงกับผู้ฟ้องคดีทำบันทึกข้อตกลงต่อท้ายสัญญารับลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2545 โดยแก้ไขบันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญารับลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2545 จากที่กำหนดทำงานให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 27 สิงหาคม 2545 เป็นย้อนหลังให้แล้วเสร็จในวันที่ 24 กันยายน 2543 ตามสัญญารับเดิมที่ทำกันครั้งแรก ซึ่งศาลเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ฟ้องคดีทำบันทึกข้อตกลงต่อท้ายสัญญารับลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2545 ก็เพื่อที่จะใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดีได้ ซึ่งแม้ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีได้ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายอันจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่โดยที่มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว กำหนดว่าในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ ไม่มีผลทางกฎหมายโดยสมบูรณ์ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแต่ได้ยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำงานต่อจนผู้ฟ้องคดีเข้าทำงานจนแล้วเสร็จและส่งมอบงานให้ผู้ถูกฟ้องคดีเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2545 โดยผู้ฟ้องคดีเชื่อถือและไว้วางใจว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่ใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดี เนื่องจากความล่าช้าจากการก่อสร้างเกิดจากความผิดพลาดในการออกแบบของผู้ถูกฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ฟ้องคดีทำบันทึกข้อตกลงรับลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2545 ก่อนที่จะครบกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จที่แก้ไขใหม่ตามบันทึกข้อตกลงต่อท้ายสัญญารับลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2545 เพียง 30 วัน เพื่อจะ

ใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวนถึง 311 วัน คิดเป็นเงิน 3,249,950 บาท ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว

2. กรณีที่ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเพียงแต่สะท้อนให้เห็นว่าศาลนำหลักสุจริตมาปรับใช้ แต่ไม่ได้อ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้การใช้สิทธินั้นจะต้องกระทำการสุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 306/2554 ผู้ฟ้องคดี (กรมชลประทาน) ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ถูกฟ้องคดีให้ก่อสร้างคลองซอย บ้านวังผึ้ง ตำบลกำแพงดิน อำเภอสามง่าม จังหวัดพิจิตร แต่เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการก่อสร้างตามสัญญาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีทำงานก่อสร้างงวดที่ 1 แล้วเสร็จและส่งมอบงานแต่เพียงงวดเดียวเท่านั้น หลังจากนั้นได้ขอหยุดการก่อสร้างโดยอ้างว่ามีฝนตกหนักทำให้น้ำท่วมขังสถานที่ก่อสร้างจนไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ ผู้ฟ้องคดีได้แจ้งผู้ถูกฟ้องคดีให้เข้าก่อสร้างงานที่ค้างให้แล้วเสร็จโดยเร็วหลังจากที่สถานที่ก่อสร้างมีความพร้อมเข้าทำงานได้แล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีกลับเพิกเฉย ผู้ฟ้องคดีจึงบอกเลิกสัญญาและริบหลักประกันสัญญา ศาลวินิจฉัยว่าจากข้อเท็จจริงเห็นได้ชัดว่าผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างงานล่าช้ามากและไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีสมควรที่จะดำเนินการบอกเลิกสัญญา แต่ผู้ฟ้องคดีกลับไม่ดำเนินการจนกระทั่งวงเงินค่าปรับเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง และก็ไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเงื่อนไขหรือไม่ว่าอย่างใด การที่ผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเงินวันละ 1,530 บาท จำนวน 408 วัน และยินยอมให้หักระยะเวลาการเรียกค่าปรับที่อนุญาตให้หยุดการก่อสร้างเป็นระยะเวลา 132 วัน เนื่องจากมีฝนตกหนักทำให้น้ำท่วมบริเวณสถานที่ก่อสร้างคงเหลือระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเรียกค่าปรับจำนวน 276 วัน เป็นเงิน 422,280 บาท ซึ่งเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้างจำนวน 1,530,000 บาท จึงเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 446/2555 ผู้ฟ้องคดี (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน) โดยผู้อำนวยการ โรงเรียนท่าเพ็งวิทยา ได้ทำสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียน 216 ปรับปรุง 46 และสิ่งก่อสร้าง รวม 7 รายการ ณ โรงเรียนท่าเพ็งวิทยา หลังจากเข้าปฏิบัติงานผู้ถูกฟ้องคดีขอขยายเวลาก่อสร้างและได้รับอนุญาตให้ขยายเวลาออกไปอีก 100 วัน แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการมาถึงงานมุงหลังคา คณะกรรมการตรวจการจ้างไม่อนุญาตให้ใช้วัสดุหลังคากระเบื้องรีดลอน เนื่องจากมีขนาดความสูงของลอนไม่ตรงตามรูปแบบรายการและให้หยุดการก่อสร้างในส่วนนั้นไว้ก่อนเพื่อรอการพิจารณา หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ดำเนินการก่อสร้างอาคารในส่วนอื่นที่สามารถก่อสร้างได้อีกเลย ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือเร่งรัดการทำงานของ

ผู้ถูกฟ้องคดีและบอกเลิกสัญญา ศาลวินิจฉัยว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 138 ซึ่งแม้จะมีได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแต่เป็นระเบียบที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานราชการในฐานะผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวในกรณีที่เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ หรือหากปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นอุปสรรคต่อการบริการสาธารณะของรัฐ โดยวางเกณฑ์การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาไว้กรณีที่เงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง และคู่สัญญาจะต้องไม่ได้ยินยอมเสียค่าปรับ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ภายในกำหนดเวลาตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าปรับแก่ผู้ฟ้องคดี แต่อย่างไรก็ดี การที่ผู้ฟ้องคดีไม่บอกเลิกสัญญาและให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามสัญญาต่อไปจนจำนวนเงินค่าปรับเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง และไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือยินยอมเสียค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเงื่อนไข จึงถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตขัดต่อเจตนารมณ์ของข้อ 138 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 626/2555 ผู้ฟ้องคดี (กรมเจ้าท่า) ทำสัญญาจ้างเหมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่งแม่น้ำท่าจีน ตำบลบ้านใหม่ อำเภอสามพราน จังหวัดนครปฐม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำงานได้ประมาณร้อยละ 35.34 ของปริมาณงานทั้งหมด จากนั้นได้หยุดการก่อสร้าง ผู้ควบคุมงานได้เร่งรัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หลายครั้ง ผู้ฟ้องคดีได้ขอขยายและผู้ฟ้องคดีได้อนุมัติเวลาการก่อสร้างออกไปอีก 265 วัน แต่การทำงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังไม่คืบหน้าต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือขอดำเนินการก่อสร้างต่อและยินดีที่จะชำระค่าปรับวันละ 1,300 บาท โดยไม่มีเงื่อนไข แต่ปรากฏว่างานไม่คืบหน้าแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงบอกเลิกสัญญาและริบหลักประกันสัญญา ศาลวินิจฉัยว่า แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำหนังสือขอเข้าก่อสร้างงานต่อและยินดีให้ปรับ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็มีได้ปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญา ผู้ฟ้องคดีได้ขยายเวลาการก่อสร้างให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อีก ทั้งที่รู้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก่อสร้างล่าช้ามากและไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จได้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีสมควรที่จะต้องดำเนินการบอกเลิกสัญญาแต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการจนกระทั่งเวลาล่วงเลยไปถึง 591 วัน และวงเงินค่าปรับเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามสัญญาเป็นจำนวนเงิน 768,300 บาท ซึ่งเกินกว่าครึ่งหนึ่งของเงินค่าจ้างตามสัญญา จำนวน 1,299,640 บาท จึงเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตตามข้อ 138 ของระเบียบดังกล่าว

4.4.2.5 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการตีความเจตนาและตีความสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 819/2556 ผู้ถูกฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา) เคยจ้างผู้ฟ้องคดีในตำแหน่งอาจารย์ (คณิตศาสตร์) คุณวุฒิวิทยาศาสตร์บัณฑิต (คณิตศาสตร์) เดือน

ละ 7,360 บาท ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2548 ถึงวันที่ 30 กันยายน 2549 และค่าจ้างเดือนละ 7,630 บาท ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2549 ถึงวันที่ 30 กันยายน 2550 ต่อมาผู้ฟ้องคดีขอลาออกตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม 2550 ผู้ถูกฟ้องคดีอนุญาตให้ลาออก หลังจากนั้นประธานกรรมการบริหาร โปรแกรมวิชา คณิตศาสตร์และสถิติมีหนังสือเสนอให้จ้างผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำสัญญาจ้าง ลูกจ้างชั่วคราว โดยตกลงให้ผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานในหน้าที่อาจารย์สัญญาจ้างคณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี มีกำหนด 1 ปี ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2551 ถึงวันที่ 30 กันยายน 2552 ได้รับค่าจ้างใน อัตราเดือนละ 9,700 บาท ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งแก้ไขในส่วนของค่าจ้างให้ผู้ถูกฟ้องคดีตามวุฒิ การศึกษาปริญญาตรีของผู้ฟ้องคดี จากเดิมเดือนละ 9,700 บาท เป็นเดือนละ 7,940 บาท ตั้งแต่วันที่ 18 ธันวาคม 2550 เป็นต้นไป และแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีคืนเงินเดือนที่รับเกินสิทธิตั้งแต่วันที่ 18 ธันวาคม 2550 ถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2552 เป็นเงินจำนวน 35,912 บาท แต่ผู้ฟ้องคดีเพิกเฉย ผู้ถูกฟ้องคดีจึง ระวังการจ่ายเงินเดือนเดือนละ 7,940 บาท ตั้งแต่เดือนมกราคมเพื่อนำมาชำระคืนในส่วนที่ผู้ฟ้องคดี ได้รับเกินสิทธิไว้ก่อนจนกว่าผู้ฟ้องคดีจะคืนเงินให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้อง คดีที่แก้ไขคำสั่งที่สั่งจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงาน ตำแหน่งอาจารย์ประจำคณะวิทยาศาสตร์และ เทคโนโลยี ค่าจ้างเดือนละ 9,700 บาท ซึ่งเป็นค่าจ้างสำหรับผู้มีวุฒิการศึกษาปริญญาโท เมื่อในขณะที่ มีคำสั่งจ้างผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีมีเพียงวุฒิการศึกษาปริญญาตรี ผู้ฟ้องคดีจึงต้องได้รับอัตราค่าจ้าง เดือนละ 7,940 บาท ตามวุฒิการศึกษาปริญญาตรีในขณะนั้นจึงจะถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับการที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำงานกับผู้ถูกฟ้องคดีมาก่อน โดยได้รับเงินเดือนตามวุฒิปริญญาตรี ต่อมาภายหลังจากกลับเข้าทำงานอีกครั้ง ผู้ฟ้องคดียังมีวุฒิปริญญาตรีเช่นเดิม ผู้ฟ้องคดีจึงย่อมทราบ ว่าตนพึงต้องได้รับค่าจ้างรายเดือนตามวุฒิปริญญาตรี การอ้างว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ถูกฟ้องคดีตก ลงจ้างผู้ฟ้องคดีในอัตราค่าจ้าง 9,700 บาท จึงไม่อาจรับฟังได้ โดยในกรณีนี้ต้องตีความสัญญาจ้าง โดยฟังเล็งเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรให้ตรงตามเจตนาของคู่สัญญาและ ตามความประสงค์ในทางสุจริตตามมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักสุจริตมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยตีความสัญญาจ้าง โดยฟังเล็งเจตนาอันแท้จริงตามเจตนาของคู่สัญญา และตามความประสงค์ในทางสุจริตตามมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.445/2555 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำการลาศึกษาต่อ ปริญญาโทตามสัญญาพนักงานเทศบาล ลาไปศึกษาฝึกอบรม ดุงาน หรือปฏิบัติการวิจัยกับ ผู้ฟ้องคดี (เทศบาลเมืองสมุทรสงคราม) เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้กำหนดให้

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รายงานผลการเรียน ทั้งไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีติดตามสอบถามผลการเรียนจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หรือจากมหาวิทยาลัยแต่อย่างใด จึงเป็นการละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ และผลจากการละเลยดังกล่าว เป็นผลให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้โอกาสรับเงินเดือนโดยมิได้ไปเรียน อันเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของสัญญาลาไปศึกษา ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบของตนเองที่มีส่วนทำให้เกิดความเสียหายเกินกว่าปกติที่ควรจะเป็นไปตามสัญญาได้ เมื่อสภาพภาพของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สิ้นสุดลงเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2547 ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่จะต้องเรียกตัวผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับมาปฏิบัติราชการ แต่ผู้ฟ้องคดีก็ยังจ่ายเงินเดือนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งๆ ที่ไม่ได้ทำการศึกษาการที่ผู้ฟ้องคดีเพิ่งจะเรียกตัวผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้กลับมาปฏิบัติงานเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2548 รวมระยะเวลาที่ไม่เรียกตัวกลับและจ่ายเงินให้เป็นเวลานานถึง 16 เดือน 20 วัน ดังนั้น แม้ตามข้อกำหนดของสัญญาบำนาญจะกำหนดว่า ถ้าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำผิดสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 ยินยอมชำระหนี้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีนั้น ก็หมายความว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 จะรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีเฉพาะความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังคงสภาพการเป็นนักศึกษาเท่านั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พ้นสภาพการเป็นนักศึกษาตั้งแต่วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2547 ความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังวันดังกล่าวจึงมิใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากการลาศึกษาต่อที่ผู้ฟ้องคดีที่จะบังคับเอาจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 ตามสัญญาบำนาญได้

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักสุจริตในมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการตีความสัญญาให้เป็นคุณกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะผู้ค้าประกัน โดยตีความว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ควรจะรับผิดชอบใช้หนี้ที่เกิดจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทำผิดสัญญาต่อผู้ฟ้องคดีก็แต่เฉพาะความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังคงสภาพการเป็นนักศึกษาเท่านั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พ้นจากสภาพนักศึกษาจึงมิใช่ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะบังคับเอาจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 ตามสัญญาบำนาญได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 160/2550 ในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้รับจ้างตั้งแต่การสอบราคาจนมีการทำสัญญากันแล้ว แม้ผลงานของผู้ฟ้องคดีที่เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีในแต่ละชิ้นจะมีวงเงินไม่ถึง 92,500 บาท ตามที่กำหนดก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีก็ได้เสนอราคาโดยเปิดเผยและมีได้ปกปิด ทั้งคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาก็ได้เสนอให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคา และตกลงว่าจ้างผู้ฟ้องคดีโดยมิได้ทักท้วงถึงเหตุดังกล่าว ดังนั้น แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะได้แสดงเจตนาตกลงทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีไปโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติ ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม

อันทำให้สัญญาที่ทำตกเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 157²⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่ก็เป็นความสำคัญผิดที่เกิดขึ้น โดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ถูกฟ้องคดีเองตาม มาตรา 158²⁷ แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็น ประโยชน์แก่ตนได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุดังกล่าว จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.79/2556 ผู้ถูกฟ้องคดี (เทศบาลตำบลบ้านสา) ได้มี ประกาศประมูลจ้างก่อสร้างระบบประปาด้วยระบบบิเล็กทรอนิกส์ ผู้ฟ้องคดีชนะการประมูล และได้ทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดี มีข้อกำหนดว่าให้ถือสัญญานี้เป็นสัญญาแบบปรับราคาโดยใช้ สูตรการคำนวณค่าที่จ่ายเพิ่มหรือลดค่าจ้างเหมาก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำงานตามสัญญา และขอรับ เงินค่าก่อสร้างเพิ่มตามสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) จำนวน 156,366 บาท โดยอ้างว่าราคาวัสดุ ก่อสร้างได้ปรับราคาสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีแย้งว่า รายการก่อสร้างระบบประปาไม่ สามารถขอรับเงินชดเชยค่างานก่อสร้างตามสัญญาแบบปรับราคาได้ ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีได้เข้า ประมูลและทำสัญญาโดยเข้าใจโดยสุจริตว่างานที่รับจ้างเป็นงานที่มีการปรับราคาได้ ผู้ฟ้องคดีจึง ได้เสนอราคาและเข้าทำสัญญาในวงเงินค่าจ้างที่มีได้คำนวณราคาของวัสดุที่จะเปลี่ยนแปลงใน อนาคตรวมอยู่ด้วย และผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้เสนอต่อนายอำเภอแจ้ห่มและผู้ว่าราชการจังหวัดลำปางให้ ช่วยประสานขอเงินค่าก่อสร้างเพิ่มเติมจากกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น อีกทั้ง งานก่อสร้าง ระบบประปาหมู่บ้านที่รับจ้างก็อยู่ในความหมายของหมวดงานอาคารและงานประปาตามประเภท การก่อสร้างที่ปรากฏในเอกสารแนบท้ายมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 22 สิงหาคม 2532 การที่ ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงินตามราคาของผู้ฟ้องคดีขอปรับ โดยอ้างหนังสือของอธิบดีกรมส่งเสริม การปกครองส่วนท้องถิ่นและสำนักงบประมาณว่า งานก่อสร้างตามสัญญามีสัดส่วนการใช้วัสดุ ก่อสร้างไม่เกินไปตามประเภทงานก่อสร้างที่จะขอชดเชยค่าก่อสร้างได้ จึงเป็นข้ออ้างที่ไม่เพียงพอที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบได้เนื่องจากไม่มีรายละเอียดว่าต้องมีสัดส่วนการใช้วัสดุก่อสร้างมากน้อย เพียงใด ทั้งเป็นสิ่งที่บุคคลภายนอกเช่นผู้ฟ้องคดียากที่จะทราบล่วงหน้า เพราะแม้แต่วิศวกรโยธา

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 157 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็น โมฆียะ ความ สำคัญผิดตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มี ความสำคัญผิดดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 158 ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือ มาตรา 157 ซึ่งเกิดขึ้น โดยความประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรงของบุคคลผู้แสดงเจตนา บุคคลนั้นจะถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้

ระดับผู้ชำนาญการของสำนักงานโยธาธิการและผังเมืองจังหวัดลำปาง ก็ยังรับรองในบันทึกการตรวจสอบว่าเป็นงานที่สอดคล้องกับสูตรการปรับราคา นอกจากนี้ผู้ฟ้องคดีย่อมมีความเสี่ยงต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาวัสดุก่อสร้างซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีอาจลดค่าจ้างลงหากราคาวัสดุก่อสร้างลดราคาลงก็ได้ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธการปรับราคาโดยอ้างว่างานตามสัญญามีส่วนการใช้วัสดุก่อสร้างไม่ถึงสัดส่วนที่จะปรับราคา จึงเป็นการอ้างข้อเท็จจริงที่ไม่ปรากฏในสัญญาและเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง

แนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ มีหัวใจหลักที่สำคัญ คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกัน มีการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงมีลักษณะพิเศษที่ทำให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง การพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองว่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องพิจารณาจากนิยามความหมายของคำว่า สัญญาทางปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 กำหนดหลักที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

ลักษณะของหลักสุจริตมีลักษณะเป็นนามธรรม มีเนื้อความไม่ชัดเจน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดไว้เป็นหลักอย่างกว้างๆ โดยมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการสุจริต” หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มุ่งให้คู่กรณีปฏิบัติตนต่อกันด้วยความสุจริต ซื่อตรง และไว้ใจซึ่งกันและกัน โดยไม่แบ่งแยกว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ เนื่องจากความสัมพันธ์กันในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนล้วนแต่ต้องการความสุจริตเป็นรากฐานทั้งสิ้น และเมื่อเราศึกษามาแล้วว่าบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตนั้นมีอยู่หลายประการ ได้แก่ หน้าที่ในการเสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ขึ้น หน้าที่ในการแก้ไขเนื้อหาในสัญญาตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หน้าที่ในการควบคุมหรือจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หน้าที่ในการตีความเจตนา ดังนั้น เมื่อหลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นนามธรรมและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ส่วนใหญ่นำไปปรับใช้ในกฎหมายเอกชน รวมถึงสามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายมหาชนได้แล้ว เราจึงควรศึกษาให้ชัดเจนของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

เมื่อเกิดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง มีปัญหาว่าศาลปกครองจะหยิบยกหรือนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาปกครอง ได้หรือไม่ และจะครอบคลุมเพียงใด เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีการบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับหลักสุจริตเอาไว้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมว่าจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการพิจารณา นอกจากนี้สัญญาทางปกครองก็มีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยสัญญาทางปกครองมีหลักการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสำคัญ ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือเรียกว่ามีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั่นเอง เอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าเช่น มีอำนาจควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสัญญา มีอำนาจแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว และมีอำนาจในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ซึ่งเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองนั้นมีหน้าที่ที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ในสัญญาทางปกครองนั้นได้กำหนด รวมถึงต้องยอมรับอำนาจพิเศษที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นด้วย ดังนั้น เมื่อสัญญาทางปกครองมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งดังที่ได้กล่าว การที่จะนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่งมาบังคับใช้กับ

สัญญาทางปกครองจึงต้องเป็นไปโดยที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการบริการสาธารณะอันเป็นหลักการที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง

ก่อนที่จะกล่าวถึงปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครอง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเกิดจากการบิดเบือนอำนาจและเป็นข้ออ้างที่ทำให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น มีปัญหาในการอ้างเหตุบิดเบือนอำนาจหรือไม่อย่างไร ผู้ศึกษาเห็นว่า ปัญหาที่พบคือ การเข้าไปค้นหาภายในจิตใจของผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งที่บิดเบือนว่ากระทำไปโดยสุจริตหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่ค้นหาหรือทำการพิสูจน์ได้ยาก เพราะหลักสุจริตมีลักษณะที่ไม่ชัดเจน ก่อนข้างจะเป็นนามธรรม และเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของแต่ละบุคคล ดังนั้น การที่เราศึกษาบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตที่ไม่ชัดเจนเป็นรูปธรรมโดยแสดงออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมมากขึ้น จะทำให้เราสามารถเข้าไปค้นหาว่าการกระทำของผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้กระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่โดยนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อค้นหานั่นเอง

จากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพบว่า ที่ผ่านมามีตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองไทย ศาลปกครองได้มีการนำเอาหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ในการวินิจฉัยกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หลายคดี แต่อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นนามธรรม ไม่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอย่างไม่ชัดเจน โดยแยกเป็นปัญหาตามแต่ละคดีได้ดังนี้

5.1 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้กรณีการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐและแนวทางการแก้ไข

5.1.1 บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตกับการควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ

สัญญาทางปกครองมีลักษณะของเนื้อหาและระบบกฎหมายพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจพิเศษของฝ่ายรัฐที่มีอยู่เหนือเอกชน เรียกอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ อำนาจพิเศษนี้จะไม่พบเห็นในการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ได้แก่ อำนาจในการควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยที่ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมอย่างใดๆ จากกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน อย่างไรก็ตาม การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในการควบคุมสัญญา การแก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงการยกเลิกสัญญาทางปกครองยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สัญญาในเรื่องการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐไว้ ทำให้อาจเกิดปัญหาในเรื่องของการใช้อำนาจดังกล่าวว่ากระทำการโดยชอบหรือไม่ และการใช้อำนาจเช่นว่านี้

ควรเป็นไปในขอบเขตหรือเงื่อนไขเช่นไร อีกทั้ง การใช้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เป็นไปตามความเหมาะสมและขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น และแม้การใช้อำนาจเช่นว่านี้จะนำไปเพื่อการบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่การสร้างเกณฑ์เพื่อใช้ในการปฏิบัติในการใช้อำนาจพิเศษนี้ ฝ่ายรัฐจำเป็นจะต้องดำเนินการเพื่อเป็นมาตรฐานให้ฝ่ายรัฐต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้อำนาจ ต้องมีขอบเขตของการใช้อำนาจ รวมถึงจะต้องมีการจำกัดการใช้อำนาจมิให้เป็นไปตามอำเภอใจ จึงมีปัญหว่าหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจพิเศษที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐให้อยู่ในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ โดยผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.292/2552 เหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แจ้งยกเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือดำมะลังเนื่องจากที่ประชุมคณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือดำมะลังเห็นว่าค่าตอบแทนที่ผู้ฟ้องคดีให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอัตราที่ต่ำมาก และไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง ทั้งยังมีปัญหาการบริหารจัดการที่ไม่เป็นธรรม ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ตั้งเป้าหมายให้มีจำนวนนักท่องเที่ยวมากขึ้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารจัดการเอง ซึ่งเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงที่พิพาทเป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาว่า เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ เพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่การใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวฝ่ายรัฐไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้อีกด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในคดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักของการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในการยกเลิกสัญญาว่าจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และฝ่ายรัฐไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ แต่อย่างไรก็ดี มีปัญหว่า เราจะพิจารณาได้อย่างไรว่าการใช้อำนาจของฝ่ายรัฐที่ไม่อาจใช้ได้ตามอำเภอใจนั้นมีลักษณะเช่นไร ดังนั้น เมื่อหลักสุจริตมีบทบาทหน้าที่ในการควบคุมหรือจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โดยใช้เป็นเครื่องกีดกันมิให้อำนาจสิทธิในทางที่ผิดไม่ว่าจะเป็นการห้ามมิให้ใช้สิทธิตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุผลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือห้ามใช้สิทธิไปในทางที่จะเสียหายแก่ผู้อื่นก็ตาม ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า หลักการและ

บทบาทหน้าที่ของหลักสูตรสามารถนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมหรือจำกัดอำนาจพิเศษที่เรียกเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐเช่นนี้ได้ ทั้งนี้ เพื่อตีความ ค้นหา หรือตรวจสอบลักษณะของความผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร ส่งผลให้เราสามารถประเมินและอธิบายความหมายของการห้ามมิให้ฝ่ายรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจจากการใช้เอกสิทธิ์ได้กว้าง เป็นรูปธรรม และชัดเจนยิ่งขึ้นนั่นเอง

ตัวอย่างคดีที่ศาลได้นำหลักสูตรมาควบคุมการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 91/2557 ดังที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วในบทที่ 4 เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยถึงการใช้อำนาจของฝ่ายรัฐในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาว่า การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ใช้สิทธิแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา และปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างงานงวดที่ 3 แล้วเสร็จ และงานงวดที่ 4 ใกล้จะแล้วเสร็จ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับไม่ตรวจรับงานเพราะฝ่ายตนไม่มีงบประมาณ ถือเป็นความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเองทั้งสิ้น การใช้สิทธิแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาจึงมิใช่เป็นไปเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการแต่อย่างใด การกระทำความดังกล่าวจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ผู้ศึกษาเห็นว่า ในคดีนี้ศาลได้วางหลักโดยการนำหลักสูตรมาควบคุมการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาของคู่สัญญาว่ามีให้ใช้อำนาจโดยขัดกับหลักสูตร

จากกรณีดังกล่าวทำให้ผู้ศึกษามองเห็นถึงปัญหาบทบาทหน้าที่ของหลักสูตรกับควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ว่าหลักสูตรจะมีบทบาทหรือจะมีขอบเขตในการเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์เช่นนี้ได้หรือไม่ และเพียงใด เห็นว่า เนื่องจากเหตุที่ว่าหลักสูตรมีความเป็นนามธรรมสูงและอาจเป็นสิ่งที่หลายคนมีความเข้าใจอยู่แล้วแม้ไม่ได้กล่าวถึง หลักสูตรจึงมิได้ถูกนำมาอ้างอิงหรือนำมาปรับใช้โดยให้ปรากฏเป็นรูปธรรมเช่นไรนัก แต่อาจปรากฏให้เห็นในลักษณะที่เป็นเพียงหลักการของหลักสูตรเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาที่อาจใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจได้ ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเข้าใจหลักการ บทบาทหน้าที่ของหลักสูตรอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมแล้ว ก็จะสามารถนำหลักสูตรมาปรับใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของตนเองได้ ซึ่งจะทำให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปด้วยความระมัดระวังเพื่อมิให้ไปขัดกับหลักการของหลักสูตร และปัญหาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองก็จะไม่เกิดขึ้น รวมถึงการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองจะเป็นไปด้วยความถูกต้องและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

5.1.2 ผลของการนำหลักสูตรมาใช้กับการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณียกเลิกสัญญาทางปกครอง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการบริการสาธารณะเป็นหัวใจที่สำคัญของกฎหมายมหาชน การบริการสาธารณะจะต้องมุ่งตอบสนองความต้องการหรือเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นหลัก จึงมีประเด็นที่เป็นปัญหาว่าหากเกิดกรณีที่มีการทำสัญญาทางปกครองกันขึ้นแล้ว ต่อมามีการตรวจสอบ โดยองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมายแล้วพบว่ากระบวนการเข้าสู่สัญญาทางปกครองของกลุ่มสัญญานั้นเป็นไปโดยไม่สุจริต โดยความไม่สุจริตนี้เกิดขึ้นจากทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งสองฝ่าย ซึ่งกรณีดังกล่าวมีการนำหลักสุจริตมาวินิจฉัย และส่งผลให้ต้องมีการยกเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริตนั้น มีปัญหาว่า หลักการบริการสาธารณะที่ถือว่ามีความสำคัญกับหลักสุจริตนั้นควรจะชั่งน้ำหนักให้หลักใดมีความสำคัญแก่นั่น นอกจากนี้ผลหลังจากที่มีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้และทำให้ต้องยกเลิกสัญญาดังกล่าว จะเกิดผลอย่างไร และจะกระทบต่อการบริการสาธารณะที่ได้จัดทำเสร็จลุล่วงไปแล้วก่อนหน้านี้หรือไม่ อย่างไร โดยผู้ศึกษาจะยกตัวอย่างคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นว่านี้ คือ

คำพิพากษาของศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขแดงที่ 66/2558 และคดีหมายเลขแดงที่ 36/2557 มีข้อเท็จจริงในคดีลักษณะเดียวกัน ดังนี้

การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากมีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในขั้นตอนหรือกระบวนการก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะอนุมัติทำสัญญาจ้างทำให้น่าเชื่อว่าการประมูลจ้างงานมีการกระทำโดยไม่สุจริตด้วยการตกลงร่วมกันในการเสนอราคาเพื่อที่จะให้ประโยชน์ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม กรณีจึงถือว่าข้อบกพร่องในขั้นตอนหรือกระบวนการก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะอนุมัติทำสัญญาจ้างดังกล่าว มีสภาพร้ายแรงและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเกินกว่าที่จะปล่อยให้สัญญายังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ การบอกเลิกสัญญาจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็น โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ทั้งสองคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน คือ ศาลได้นำหลักสุจริตมาควบคุมการใช้เอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาของหน่วยงานของรัฐ แต่ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน คือ ในคดีหมายเลขแดงที่ 36/2557 ผู้ฟ้องคดียังมีได้เข้าดำเนินการตามสัญญา และเสียค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติงานตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ส่วนคดีหมายเลขแดงที่ 66/2558 มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว โดยผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติได้งานตามสัญญาไปพอสมควร ซึ่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า ผลของการบอกเลิกสัญญาย่อมทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ในส่วนของงานที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการบอกเลิกสัญญา หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมี

การยอมใช้งานนั้น ฝ่ายนั้นจะต้องชดใช้เงินตามควรแห่งค่างาน ซึ่งค่าแห่งการงานนี้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ได้ตามจำนวนที่เห็นสมควรตามการงานที่คู่สัญญาได้ทำไปจริง แม้ว่างานจะไม่แล้วเสร็จตามงวดจนสามารถส่งมอบงานได้ก็ตาม แต่การงานนั้นต้องเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีที่ได้เสียค่าใช้จ่ายในการขุดลอกคลองวังทะเล ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องชดใช้เงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างตามควรแห่งค่างานให้แก่ผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผู้ศึกษาเห็นว่า ทั้งสองคดีมีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการยกเลิกสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน เนื่องจากมีการตรวจสอบพบว่ามีลักษณะการกระทำที่เป็นการฮั้วกันในการเข้าเสนอราคาแก่หน่วยงานของรัฐ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อบกพร่องในขั้นตอนหรือกระบวนการก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะอนุมัติทำสัญญาจ้างมีสภาพร้ายแรงและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเกินกว่าที่จะปล่อยให้สัญญายังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ จากกรณีดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่า แม้หลักการบริการสาธารณะจะมีความสำคัญ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงความต่อเนื่อง และเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่หากมีการตรวจสอบพบว่ามีสัญญาทางปกครองที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้นเกิดขึ้นจากความไม่สุจริตโดยมีพฤติการณ์อย่างร้ายแรงแล้ว หลักสุจริตสามารถเข้ามามีบทบาทในการควบคุม ประเมินเหตุผลหรือความจำเป็นในการยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่สุจริตนั้นได้ แต่อย่างไรก็ดี มีข้อที่น่าคิดว่าหากเป็นกรณีที่มีการยกเลิกสัญญาด้วยเหตุผลในเรื่องความไม่สุจริตในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะที่จำเป็นต้องดำเนินการ โดยเร่งด่วน หากไม่ดำเนินการต่อเนื่องหรือหยุดชะงักไปจากการต้องยกเลิกสัญญาแล้วจะส่งผลกระทบต่อบริการสาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนอย่างร้ายแรง การซึ่งนำหน้าความสำคัญระหว่างหลักการบริการสาธารณะกับหลักสุจริต อย่างไรก็ดี จะมีความสำคัญมากกว่ากัน ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าควรต้องดูข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

5.2 ปัญหาความเป็นนามธรรม ขอบเขตความหมายที่กว้างและไม่ชัดเจนของหลักสุจริตกับการนำมาใช้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและแนวทางการแก้ไข

จากการที่ได้ศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด บางคดีศาลปกครองสูงสุดมีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยอย่างชัดเจน แต่บางคดีกลับไม่ได้นำมาปรับใช้ แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันก็ตาม หรือบางคดีหลักสุจริตอาจเข้ามามีบทบาทนำมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองได้ ยกตัวอย่างเช่น

5.2.1 กรณีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างล่าช้า

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 412/2557 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 510/2554 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากพฤติกรรมของหน่วยงานของรัฐที่ไม่ยอมใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทั้งที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับจ้างมีพฤติกรรมการทำงานที่ล่าช้ามาก และไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาตามสัญญาได้ ซึ่งหน่วยงานของรัฐสมควรที่จะบอกเลิกสัญญาเพื่อรักษาประโยชน์ของทางราชการ แต่กลับละเลยปล่อยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับจ้างเข้าปฏิบัติงานต่อจนทำให้ค่าปรับที่ปรับนั้นมีจำนวนที่สูงเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง การที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จแต่กลับไม่ใช้สิทธิจนค่าปรับมีจำนวนสูงขึ้น แล้วจึงใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดีในจำนวนค่าปรับที่เกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง พฤติการณ์ดังกล่าวของหน่วยงานของรัฐจึงถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามที่ศึกษามาแล้วว่าหลักสุจริตนอกจากจะมีบทบาทหน้าที่ในการจำกัดสิทธิหรือควบคุมการใช้สิทธิของคู่สัญญามีให้เป็นที่ไปไม่ชอบธรรมแล้ว การละเลยไม่ใช้สิทธิของตนกล่าวคือ ถ้าตนเองมีสิทธิแต่ละเลยไม่ใช้สิทธิจนปล่อยให้เกิดความเสียหายอย่างมากมาแล้วจึงค่อยมาใช้สิทธิบังคับเอากับคู่สัญญาในเวลาที่คู่สัญญานั้นต้องเสียเปรียบยิ่งขึ้นจากเดิมแล้ว ก็ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเช่นกัน ดังเช่นคดี BGHZ 25, 47, 51, BGHZ 43, 292¹ ที่ศาลเยอรมันวินิจฉัยว่า แม้โจทก์จะใช้สิทธิเรียกร้องในขณะที่คดียังไม่ขาดอายุความ แต่โจทก์จะต้องใช้สิทธิของตนภายในระยะเวลาอันสั้นหลังจากที่เกิดสิทธิเรียกร้องนั้นด้วย มิฉะนั้นศาลอาจไม่บังคับให้ ทั้งนี้ตามหลักการละเลยไม่ใช้สิทธิ เนื่องจากการปล่อยไว้โดยไม่ใช้สิทธินั้นอาจเกิดความเสียหายอย่างยิ่งขึ้นไปแก่คู่สัญญา หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2543 ที่วินิจฉัยว่า การที่โจทก์ละเลยไม่บังคับถอนเงินจากบัญชีเงินฝากของจำเลยในทันทีเพื่อนำเงินดังกล่าวมาชำระหนี้ แต่ปล่อยให้เวลาล่วงเลยไปนานถึง 2 ปี 8 เดือน และคิดดอกเบี้ยเรื่อยมาในอัตราร้อยละ 18 ต่อปี จึงต้องดำเนินการอันเป็นการอาศัยสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นช่องทางให้โจทก์ได้รับประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับ ดังนี้ ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

¹ E.J. Cohn. *Manual of German Law*. p. 98. (อ้างถึงใน อภิชาติ คงชาติรี. (2545). *หลักการตีความสัญญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 123), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 412/2557 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 510/2554 ที่ผู้ศึกษายกตัวอย่างมาในบทที่ 4 ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยกรณีคดีดังกล่าวอย่างชัดเจน มีการวินิจฉัยโดยอ้างถึงมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลเห็นว่า หน่วยงานของรัฐมีสิทธิออกเลิกสัญญาได้ แต่กลับปล่อยเวลาให้ล่วงเลยไปจนทำให้ค่าปรับมีจำนวนที่สูงขึ้นเกินกว่าวงเงินค่าจ้างตามสัญญา จึงถือว่าหน่วยงานของรัฐนั้นไม่ใช้สิทธิ หรือละเลยการใช้สิทธิที่ตนเองมีอยู่จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับจ้างจนต้องรับภาระชำระค่าปรับในจำนวนที่สูงขึ้น การใช้สิทธิเรียกค่าปรับจึงไม่สุจริต แต่อย่างไรก็ตาม มีปัญหาความเป็นนามธรรมของหลักสุจริตที่มีขอบเขตความหมายที่กว้างและไม่ชัดเจนในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองสูงสุดที่ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ศาลปกครองสูงสุดจะมีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีในลักษณะดังกล่าว แต่ยังมีอีกหลายคดีที่มีลักษณะข้อเท็จจริงในคดีใกล้เคียงกับตัวอย่างข้างต้น แต่ศาลปกครองสูงสุดเพียงแต่สะท้อนให้เห็นว่าศาลนำหลักสุจริตมาปรับใช้เท่านั้น มิได้อ้างถึงมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้การใช้สิทธินั้นจะต้องกระทำการสุจริตแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 306/2554 การที่ผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดี อันเนื่องมาจากความล่าช้าในก่อสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี และยินยอมให้หักระยะเวลาการเรียกค่าปรับที่ผู้ฟ้องคดีอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีหยุดการก่อสร้างเป็นระยะเวลา 132 วัน เนื่องจากมีฝนตกหนักทำให้น้ำท่วมบริเวณสถานที่ก่อสร้าง คงเหลือระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเรียกค่าปรับจากผู้ถูกฟ้องคดีจำนวน 276 วัน เป็นเงิน 422,280 บาท ซึ่งเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้างจำนวน 1,530,000 บาท จึงเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 446/2555 เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการมาถึงงานมุงหลังคา คณะกรรมการตรวจการจ้างไม่อนุญาตให้ใช้วัสดุมุงหลังคากระเบื้องรีดลอน เนื่องจากไม่ตรงตามรูปแบบรายการและให้หยุดการก่อสร้างไว้ก่อน หลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารในส่วนอื่นที่สามารถก่อสร้างได้อีกเลย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องชำระเงินค่าปรับแก่ผู้ฟ้องคดี แต่การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการบอกเลิกสัญญาและให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามสัญญาต่อไปจนกระทั่งจำนวนเงินค่าปรับเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง จึงถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตขัดต่อเจตนารมณ์ของข้อ 138 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ. 626/2555 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก่อสร้างล่าช้ามาก และไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จได้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีสมควรที่จะต้องดำเนินการบอกเลิกสัญญา

แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการจนกระทั่งเวลาล่วงเลยไปถึง 591 วัน และวงเงินค่าปรับเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามสัญญาเป็นจำนวนเงิน 768,300 บาท ซึ่งเกินกว่าครึ่งหนึ่งของเงินค่าจ้างตามสัญญาจำนวน 1,299,640 บาท จึงเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

จากตัวอย่างข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นนามธรรมของหลักสุจริตส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการนำหลักการเกี่ยวกับหลักสุจริตปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองมีความแตกต่างกันทั้งที่ข้อเท็จจริงในคดีมีลักษณะที่ใกล้เคียงและไม่ต่างกันมากนัก ซึ่งความแตกต่างนั้นก็คือการกล่าวอ้างหลักสุจริตในฐานข้อกฎหมายที่ต่างกัน โดยจากตัวอย่างคดีที่ผู้ศึกษานำมาแสดงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 412/2557 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 510/2554 ศาลนำมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติเรื่องหลักสุจริตอย่างชัดเจนมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.306/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 446/2555 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ. 626/2555 ศาลได้สะท้อนถึงหลักสุจริตตามเจตนารมณ์ในข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี อย่างไรก็ตาม แม้การใช้ดุลพินิจในข้อกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีในเรื่องหลักสุจริตจะแตกต่างกัน แต่ท้ายสุดแล้วผลแห่งคดีทั้งหมดตามตัวอย่างที่นำมาแสดงก็เกิดจากการใช้ดุลพินิจซึ่งตั้งอยู่ในหลักการของหลักสุจริตเช่นเดียวกันนั่นเอง

นอกจากปัญหาความเป็นนามธรรม ไม่ชัดเจนในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามตัวอย่างคดีที่ยกมาข้างต้นที่ใช้ดุลพินิจในข้อกฎหมายเกี่ยวกับหลักสุจริตนำมาวินิจฉัยคดีต่างกันแล้ว จากการศึกษาผู้ศึกษายังพบว่า มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างล่าช้าในลักษณะเดียวกับคดีข้างต้นหลายคดี แต่ศาลปกครองสูงสุดมิได้ใช้ดุลพินิจนำหลักสุจริตมาปรับใช้อย่างชัดเจนหรือสะท้อนให้เห็นว่าได้นำหลักการในเรื่องหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีเลย แต่ศาลจะวินิจฉัยคดีไปตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (หรือกฎหมายเฉพาะของหน่วยงานนั้น ๆ) ประกอบมาตรา 383 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 581/2556 ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 และข้อ 131 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ไม่มีความประสงค์ที่จะให้คู่สัญญาเรียกเบี้ยกันสูงเกินกว่าความเสียหายจนเกินสมควร ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่ากรณีนี้เมื่อจำนวนเงินค่าปรับจะเกิน

ร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้างแล้ว และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะทำงานไม่แล้วเสร็จ ผู้ฟ้องคดีก็สมควรที่จะต้องบอกเลิกสัญญาเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของระเบียบดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดีแจ้งบอกเลิกสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยปล่อยเวลาให้ล่วงเลยกำหนดแล้วเสร็จของงานจ้างตามสัญญาไปถึง 143 วัน คิดเป็นเงินค่าปรับสูงถึง 252,967 บาท ศาลปกครองชั้นต้นจึงวินิจฉัยให้ลดค่าปรับซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 88/2557 ในวันที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือยินยอมเสียค่าปรับ ค่าปรับที่ผู้ฟ้องคดีต้องชำระในขณะนั้นยังไม่สูงเกินควร แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่บอกเลิกสัญญาแล้วกลับปล่อยให้เวลาผ่านไปอีกหลายเดือน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญา และคิดค่าปรับเป็นเวลา 250 วัน เป็นเงิน 375,000 บาท ศาลเห็นว่า ค่าปรับดังกล่าวสูงเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้างตามสัญญา จึงเห็นสมควรลดลงเป็นจำนวนพอสมควร ทั้งนี้ ตามมาตรา 383 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 267/2557 เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าตนเองไม่สามารถทำงานต่อไปได้เนื่องจากปัญหาน้ำล้นตลิ่งและปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงิน ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะรับทราบว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้อีกต่อไป การที่ผู้ฟ้องคดีปล่อยระยะเวลาล่วงเลยไปเป็นเวลา 84 วัน แล้วจึงบอกเลิกสัญญา จึงถือว่าเป็นการบอกเลิกสัญญาล่าช้าเกินสมควร และไม่เป็นไปตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งเมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่าผู้ฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาล่าช้าเกินสมควร และการบอกเลิกสัญญาไม่เป็นไปตามที่ข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ศาลจึงมีอำนาจที่จะลดค่าปรับได้ตามสมควร ตามมาตรา 383 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 368/2557 แม้ผู้ฟ้องคดีจะอ้างว่าเป็นการให้ออกาสผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปฏิบัติตามสัญญา แต่เมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาก่อสร้างในงานงวดที่ 11 และงวดที่ 12 มีระยะเวลาประมาณ 2 เดือน การที่ผู้ฟ้องคดีปล่อยเวลาผ่านไปนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือเดือนให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดทำหนังสือยินยอมเสียค่าปรับโดยไม่มีเงื่อนไข คือ ในวันที่ 8 กรกฎาคม 2546 ถึงวันที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือบอกเลิกสัญญา คือ ในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2547 อันเป็นระยะเวลาถึง 7 เดือนเศษ จึงเป็นการปล่อยเวลาให้ผ่านไปจนค่าปรับมีจำนวนสูงเกินส่วน ศาลจึงมีอำนาจลดค่าปรับลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ และถือว่าความเสียหายจากการก่อสร้างล่าช้าเกิดจากผู้ฟ้องคดีส่วนหนึ่งด้วย

จากกรณีตัวอย่างที่ยกมาเป็นเพียงบางส่วนเท่านั้น ยังมีคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างล่าช้าที่มีลักษณะข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน แต่ผู้ศึกษาเห็นว่ามิได้กล่าวอ้างถึงหลักความสุจริตเพื่อนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยอีกหลายคดี และแม้หลักสุจริตจะมีความหมายถึงความซื่อสัตย์ ความเป็นธรรม ความไว้วางใจต่อกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วความเป็นนามธรรมของหลักสุจริตทำให้การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับคดีนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเลือกว่าจะนำมาปรับใช้ให้ปรากฏออกมาชัดเจนเป็นรูปธรรมหรือไม่ อย่างไร นั่นเอง

5.2.2 กรณีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา

ตามที่ได้ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 91/2557 ในบทที่ 4 เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิเพิ่มเติมสัญญาโดยระบุว่า เงินที่ใช้ในการก่อสร้างจะได้รับการสนับสนุนจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่น จำนวน 1,800,000 บาท แต่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับการชำระเงินงวดที่ 1 และงวดที่ 2 จำนวน 800,000 บาท ก่อน โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะจ่ายค่าจ้างในงวดที่ 3 และงวดที่ 4 ก็ต่อเมื่อได้รับการโอนเงินจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่นอีกจำนวน 1,000,000 บาท เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างจนงานงวดที่ 3 แล้วเสร็จ และงานงวดที่ 4 ใกล้เคียงแล้วเสร็จ แต่ไม่ตรวจรับงานเพราะไม่มีงบประมาณ กรณีจึงถือเป็นความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเองทั้งสิ้น การใช้สิทธิเพิ่มเติมสัญญาจึงมิได้เป็นไปเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ และเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม จากปัญหาความเป็นนามธรรมและไม่ชัดเจนของหลักสุจริตในการนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี ก่อนหน้าที่จะมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 91/2557 ดังกล่าว มีคดีที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันกับคดีนี้ แต่ศาลมิได้นำหลักสุจริตมาใช้ในการวินิจฉัยคดีตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 483/2551 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างได้ รวมถึงไม่มีงบประมาณในการก่อสร้างต่อไปจึงแจ้งบอกเลิกสัญญานั้น มิใช่กรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะทำงานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา การบอกเลิกสัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และวินิจฉัยกรณีการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวว่า การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่การแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นการลดเนื้องานก่อสร้าง เชื้อนลงทำให้ประโยชน์ในการก่อสร้างเชื้อนเพื่อป้องกันดินริมตลิ่งทรุดและน้ำท่วมบ้านเรือนราษฎรลดลง การใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างจึงมิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้จะมีคำพิพากษาที่นำหลักสุจริตมาใช้กับการวินิจฉัยกรณี การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.91/2557 ที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น แต่หลังจากนั้นศาลปกครองสูงสุดก็มิได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับกรณีเดียวกันอย่างแพร่หลายเท่าใดนัก ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ภายหลังมีการวินิจฉัยคดีในข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันแต่ศาลปกครองสูงสุดมิได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้ คือ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 212/2557 การแก้ไขแบบแปลนการก่อสร้างภายหลังที่การก่อสร้างดำเนินไปแล้วนั้น จะกระทำได้อาจต้องเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นและสมควรเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยจะต้องพิจารณาจ่ายค่าจ้างอันเกิดจากการแก้ไขนั้นให้แก่ผู้รับจ้างด้วยเพราะมิใช่ความผิดของผู้รับจ้าง แต่กรณีนี้เป็นการแก้ไขโดยมิสาเหตุมาจากความผิดพลาดบกพร่องของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ออกแบบโดยไม่ได้สำรวจพื้นที่ที่จะทำการก่อสร้างจริงให้ดีเสียก่อน การส่งมอบพื้นที่ให้แก่ผู้รับจ้าง ซึ่งหากจะให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขงานวางระบายน้ำระยะ 160 เมตร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ชอบที่จะเพิ่มงบประมาณเป็นค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพิ่มเติมให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วยการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้เหตุดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธไม่ยอมรับมอบงานและไม่จ่ายค่าจ้างรวมทั้งอ้างเป็นเหตุเพื่อบอกเลิกสัญญาจ้าง จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยสัญญา

ผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้สิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีเกิดจากความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีเองมิใช่ความบกพร่องของผู้ฟ้องคดี และมีได้เป็นไปเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งคดีมีลักษณะข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 ที่ยกตัวอย่างข้างต้นที่ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยโดยตั้งอยู่บนหลักความสุจริตแต่คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าเหตุที่ใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธไม่รับมอบงานและไม่จ่ายค่าจ้างและบอกเลิกสัญญาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยสัญญา ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ความเป็นนามธรรมของหลักสุจริตทำให้การจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับคดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่าจะเลือกนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีให้ปรากฏเป็นรูปธรรมหรือไม่ดังเช่นที่กล่าวมาก่อนหน้านี้นั้นเอง

5.3 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้ตีความสัญญาทางปกครองและแนวทางการแก้ไข

เมื่อเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองในกรณีที่ข้อพิพาทดังกล่าวมาสู่ศาลปกครอง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต่างฝ่ายต่างมีความเข้าใจในความหมาย หรือขอบเขตของข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ไม่เหมือนหรือแตกต่างกัน ต่างฝ่ายต่างพยายามอ้างอิงหรือตีความข้อสัญญาเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากข้อกำหนดในสัญญาที่ทำกันนั้น มีรายละเอียดไม่ชัดเจน สัญญามีช่องว่าง หรือเพื่อปรับแก้

เนื้อหาของสัญญา รวมถึงคู่สัญญาอาจไม่คิดว่าจะเกิดปัญหาขึ้น ว่าเมื่อใดควรจะนำหลักสุจริตมาใช้ ในการตีความสัญญาทางปกครอง และการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการตีความสัญญาทาง ปกครองควรมีกรอบหรือขอบเขตเช่นไร การตีความสัญญาทางปกครองโดยใช้หลักสุจริตจะสร้าง ความเป็นธรรมให้กับคู่สัญญาที่กำลังพิพาทกัน ได้หรือไม่ จึงเป็นการยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ใน การนำหลักสุจริตมาใช้ในการตีความสัญญาที่ชัดเจนแน่นอนได้

เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยดังได้กล่าวมาแล้วว่า มีการนำหลักสุจริตมา ใช้เพื่อตีความสัญญาทางปกครองหลายคดี ตามตัวอย่างคดีที่ยกมาแสดงในบทที่ 4 ได้แก่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.733/2554 กรณีสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างสะพาน คอนกรีตเสริมเหล็ก ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ดำเนินการให้มีการสำรวจสภาพดินบริเวณที่จะก่อสร้าง สะพานว่าจะใช้ฐานรากของสะพานเป็นแบบตอกเสาเข็มหรือแบบฐานแผ่ก่อนการสอบราคาจ้าง แต่กลับประกาศสอบราคาจ้างโดยกำหนดให้ก่อสร้างฐานรากสะพานเป็นแบบตอกเสาเข็ม เมื่อมี ความเห็นทั้งจากผู้เชี่ยวชาญว่าจะก่อสร้างเป็นฐานรากแบบแผ่ ผู้ถูกฟ้องคดีกลับไม่ทดสอบให้ ชัดเจนว่าเป็นไปตามนั้นหรือไม่ กลับใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงาน ภายในกำหนดเวลาตามสัญญา จึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นไปอย่างไม่ เหมาะสม ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.160/2550 เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับ ฝ่ายเอกชน โดยสำคัญผิดในคุณสมบัติอันถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ซึ่งตามปกติถือว่าเป็น สาระสำคัญแห่งนิติกรรมอันทำให้สัญญาที่ทำตกเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 157 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่ก็มีความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรงของหน่วยงานของรัฐเอง ตามมาตรา 158 หน่วยงานของรัฐไม่อาจยกเลิกสัญญาโดยอาศัย เหตุดังกล่าวได้ การที่หน่วยงานของรัฐบอกเลิกสัญญาจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2108/2553 หน่วยงานของรัฐเข้าทำ สัญญาเช่าอู่จอดรถกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เพียงเพื่อผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับ โดยที่หน่วยงาน ของรัฐมิได้มีเจตนาที่จะเช่าอู่จอดรถจนครบอายุตามสัญญาเช่าแต่อย่างใด เพียงเพราะต้องการได้รับ ประโยชน์จากการได้รับการลดค่าเช่าลงในอัตราร้อยละ 15 ของอัตราค่าเช่าเดิม รวมถึงการได้รับคืน ค่าเช่าที่จ่ายตามอัตราเช่าเดิมเป็นเวลา 1 ปี ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐยกเลิกสัญญาหลังจากทำ สัญญาครบใหม่กันได้เพียง 35 วัน แสดงให้เห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่มีเจตนาที่จะทำสัญญาให้มี

ระยะเวลา 3 ปี หน่วยงานของรัฐเพียงแต่ยินยอมทำสัญญาเช่าให้มีระยะเวลา 3 ปี ก็เพื่อได้รับประโยชน์ตามที่ได้กล่าวเท่านั้น จึงถือว่าการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาของหน่วยงานของรัฐเป็นไปโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.819/2556 ศาลนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการตีความสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวในตำแหน่งอาจารย์สัญญาจ้างว่าจะต้องตีความสัญญาจ้างโดยมุ่งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร โดยให้ตรงกับเจตนาของคู่สัญญาและความประสงค์ในทางสุจริตตามมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศาลวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่แก้ไขคำสั่งที่สั่งจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานตำแหน่งอาจารย์ประจำคณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ค่าจ้างเดือนละ 9,700 บาท ซึ่งเป็นค่าจ้างสำหรับผู้มีวุฒิกการศึกษาปริญญาโท เมื่อในขณะที่มีคำสั่งจ้างผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีมีเพียงวุฒิกการศึกษาปริญญาตรี ผู้ฟ้องคดีจึงต้องได้รับอัตราค่าจ้างเดือนละ 7,940 บาท ตามวุฒิกการศึกษาปริญญาตรีในขณะนั้นจึงจะถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับการที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำงานกับผู้ถูกฟ้องคดีมาก่อนโดยได้รับเงินเดือนตามวุฒิกปริญญาตรี ต่อมาภายหลังจากกลับเข้าทำงานอีกครั้ง ผู้ฟ้องคดียังมีวุฒิกปริญญาตรีเช่นเดิม ผู้ฟ้องคดีจึงย่อมทราบว่าตนพึงต้องได้รับค่าจ้างรายเดือนตามวุฒิกปริญญาตรี การที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ถูกฟ้องคดีตกลงจ้างผู้ฟ้องคดีในอัตราค่าจ้าง 9,700 บาท จึงไม่อาจรับฟังได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.445/2555 ศาลได้ตีความสัญญาค่าประกันสัญญาการศึกษาต่อ โดยตีความให้เป็นคุณกับผู้ค่าประกันว่าผู้ค่าประกันตามสัญญาการศึกษาต่ออันควรจะได้รับพิชิตคดีใช้หนี้ที่เกิดขึ้นจากตัวผู้ทำสัญญาการศึกษาต่อกับหน่วยงานของรัฐก็เฉพาะแต่ความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นในขณะที่ผู้ประกันนั้นยังคงสถานภาพการเป็นนักศึกษาเท่านั้น ความเสียหายอันเกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้ประกันพ้นจากสถานภาพการเป็นนักศึกษาไปแล้วจึงมิใช่ความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐจะบังคับเอาจากผู้ค่าประกันตามสัญญาค่าประกันได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.79/2556 ผู้ฟ้องคดีได้เข้าประมูลและทำสัญญาโดยเข้าใจโดยสุจริตว่างานที่รับจ้างเป็นงานที่มีการปรับราคาได้ จึงได้เสนอราคาและเข้าทำสัญญาในวงเงินค่าจ้างที่มีได้คำนวณราคาของวัสดุที่จะเปลี่ยนแปลงในอนาคตรวมอยู่ด้วย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงินตามราคาที่ผู้ฟ้องคดีขอปรับโดยอ้างหนังสือของอธิบดีกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่นและสำนักงบประมาณว่า งานก่อสร้างตามสัญญามีสัดส่วนการใช้วัสดุก่อสร้างไม่เกินไปตามประเภทงานก่อสร้างที่จะขอชดเชยค่าก่อสร้างได้ จึงเป็นข้ออ้างที่ไม่เพียงพอที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบได้ เพราะแม้แต่วิศวกรโยธา ระดับผู้อำนวยการของสำนักงานโยธาธิการและผังเมืองจังหวัดลำปาง ก็ยังรับรองในบันทึกการตรวจสอบว่าเป็นงานที่สอดคล้องกับสูตรการปรับราคา

จึงเป็นการอ้างข้อเท็จจริงที่ไม่ปรากฏในสัญญา และเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากกรณีที่ศาลปกครองได้นำหลักสุจริตมาใช้ในการตีความเพื่อยุติข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง เมื่อเกิดกรณีที่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองนั้น ทำให้ผู้ศึกษามองเห็นถึงปัญหาของการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาทางปกครองที่มีการตกลงทำกัน ไม่ว่าจะเป็นกรณีการร่างข้อกำหนดในสัญญาก่อนทำสัญญา หรือกรณีที่มีการตกลงทำสัญญากันไปแล้ว อาจมีปัญหในเรื่องของความไม่ชัดเจนของสัญญา ข้อกำหนดในสัญญาอาจตีความได้หลายประการ หรือมีช่องว่างของสัญญาที่อาจเกิดขึ้นได้โดยที่มิได้มีการตกลงกันไว้ ซึ่งเมื่อเกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างอ้างความถูกต้องหรือความเข้าใจในสัญญาเพื่อประโยชน์ของตนเองทั้งสิ้น ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักสุจริตสามารถเข้ามามีบทบาทในการตีความสัญญาทางปกครองเพื่อเสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างของสัญญาให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อแก้ไขหรือเพื่อตีความสัญญาทางปกครองโดยให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญา เพื่อขจัดปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้องต่อไปได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวยังพบปัญหาในเรื่องของการขาดความรู้ความเข้าใจในหลักการของหลักสุจริต ทั้งในการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐที่ต้องมีการเข้าทำสัญญาทางปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเองด้วย ดังนั้น เพื่อสร้างบรรทัดฐานหรือแนวทางในการตีความข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองที่พิพาทเพื่อไกล่เกลี่ยหรือยุติข้อโต้แย้งให้เกิดความเป็นธรรมก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ควรมีการให้ความรู้ในเรื่องหลักสุจริตที่มีลักษณะที่เป็นรูปธรรมกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง เพื่อขจัดปัญหาในเรื่องของความเป็นนามธรรม และความไม่ชัดเจนของหลักสุจริตดังกล่าว

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

แนวคิดในเรื่องหลักสุจริตมีมานานนับตั้งแต่การเกิดและรวมตัวกันเป็นสังคมมนุษย์ เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นจากการยอมรับว่าต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้ คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่ตรงกับภาษาละตินว่า bona fides แปลว่า ความซื่อสัตย์ตรงกับภาษาเยอรมันว่า Treu und Glauben แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (คำว่า Treu แปลว่า ความซื่อสัตย์ ความไว้วางใจ ความน่าเชื่อถือ คำว่า Glauben แปลว่า เชื่อในความไว้วางใจ) และตรงกับภาษาอังกฤษว่า good faith นอกจากนี้ยังเป็นคำที่มีความกว้างและยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนลงไปให้ชัดเจน หลักสุจริตตามกฎหมายไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ที่บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242 ซึ่งมีสาระสำคัญโดยกำหนดหน้าที่ของลูกหนี้เอาไว้ว่า ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ด้วยความสุจริต โดยต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย

เนื่องจากหลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นนามธรรม การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ให้เป็นรูปธรรม จำต้องศึกษาถึงบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตที่มีการคลี่คลายออกมาในทางรูปธรรมแล้ว โดยหลักสุจริตมีบทบาทหน้าที่ คือ

1. หน้าที่ในการเสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ขึ้น โดยจะกำหนดหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติม ซึ่งคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติแม้จะมีได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม ซึ่งหน้าที่ข้างเคียงหรือเพิ่มเติมแยกย่อยออกไปได้หลายกรณี ได้แก่ หน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์ หน้าที่ใช้ความระมัดระวังแก่ชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่าย หน้าที่ให้ความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หน้าที่แนะนำ เปิดเผย หรือแจ้งเตือนข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่สำคัญให้อีกฝ่ายทราบ

2. หน้าที่ในการแก้ไขเนื้อหาในสัญญาตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

3. หน้าที่ในการควบคุมหรือจำกัดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เป็นการใช้หลักสุจริตในฐานะที่เป็นเครื่องกีดกันมิให้อ้างสิทธิในทางที่ผิด อาจมีได้หลายกรณี เช่น ห้ามใช้สิทธิตามอำเภอใจ โดยปราศจากเหตุผลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ห้ามใช้สิทธิไปในทางที่จะเสียหายแก่ผู้อื่น ห้ามใช้สิทธิกระทำการไปในทางฝ่าฝืนความเชื่อถืออันเกิดจากพฤติกรรมก่อนๆ ของตน

4. หน้าที่ในการตีความเจตนา หลักสุจริตจะเข้ามามีบทบาทในการตีความสัญญาที่ครอบคลุมเพื่อค้นหาเจตนาของบุคคล กล่าวคือ เมื่อไม่อาจค้นหาเจตนาาร่วมกันของคู่สัญญาที่แท้จริงได้ ไม่ว่าจะเพราะไม่อาจพิสูจน์เจตนาที่แท้จริงได้ หรือคู่สัญญาเข้าใจความหมายของข้อตกลงต่างกัน ก็จำเป็นต้องถือเอาตามความเข้าใจของวิญญูชนมาเป็นเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาของคู่สัญญา

สัญญาทางปกครองมีหัวใจหลักที่สำคัญ คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกัน มีการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงมีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

ศาลปกครองได้มีการนำเอาหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หลายคดี ดังนี้

1. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับกรณีที่มีข้อเท็จจริงได้เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากทำสัญญาทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินสมควร ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใช้เอกสิทธิ์เพื่อแก้ไขสัญญาให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่ได้เปลี่ยนแปลงไป และศาลวินิจฉัยว่าการไม่ดำเนินการดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

2. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา

3. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต

4. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างล่าช้า

4.1 กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดนำหลักสุจริตมาปรับใช้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.2 กรณีที่ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเพียงแต่สะท้อนให้เห็นว่าศาลนำหลักสุจริตมาปรับใช้แต่ไม่ได้อ้างถึงหลักสุจริตอย่างชัดเจน ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้การใช้สิทธินั้นจะต้องกระทำการสุจริต

5. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการตีความเจตนาและตีความสัญญา

จากการศึกษาผู้ศึกษาพบว่าปัญหาของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแยกเป็นปัญหาได้ดังนี้

6.1.1 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้กรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(1) บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตกับการควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

มีปัญหว่าหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจพิเศษที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐให้อยู่ในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ เนื่องจากหลักสุจริตมีความเป็นนามธรรมสูง หลักสุจริตจึงมิได้ถูกนำมาอ้างอิงหรือนำมาปรับใช้โดยให้ปรากฏเป็นรูปธรรมเช่นไรนัก แต่อาจปรากฏให้เห็นในลักษณะที่เป็นเพียงหลักการของหลักสุจริตเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาที่อาจใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจได้ ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเข้าใจหลักการ บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมแล้ว ก็จะสามารถนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของตนได้ ซึ่งจะทำให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปด้วยความระมัดระวังเพื่อมิให้ไปขัดกับหลักการของหลักสุจริต และปัญหาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองก็จะไม่เกิดขึ้น รวมถึงการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองจะเป็นไปด้วยความถูกต้องและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

(2) ผลของการนำหลักสุจริตมาใช้กับการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณียกเลิกสัญญาทางปกครอง

แม้หลักการบริการสาธารณะจะมีความสำคัญ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงความต่อเนื่อง และเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่หากมีการตรวจสอบพบว่าสัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรมนั้นเกิดขึ้นจากความไม่สุจริต โดยมีพฤติการณ์อย่างร้ายแรงแล้ว หลักสุจริตสามารถเข้ามามีบทบาทในการควบคุม ประเมินเหตุผล หรือความจำเป็นในการยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่สุจริตนั้นได้ แต่ทั้งนี้ ควรซึ่งน้ำหนักของความสำคัญระหว่างหลักการบริการสาธารณะกับหลักสุจริตว่าหลักการใดจะมีความสำคัญมากกว่ากัน

6.1.2 ปัญหาความเป็นนามธรรม ขอบเขตความหมายที่กว้างและไม่ชัดเจนของหลักสุจริตกับการนำมาใช้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ปัญหาดังกล่าวผู้ศึกษาพบว่า ในบางคดีศาลปกครองสูงสุดมีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยอย่างชัดเจน แต่บางคดีกลับไม่ได้นำมาปรับใช้ แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันก็ตาม หรือบางคดีหลักสุจริตอาจเข้ามามีบทบาทนำมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองได้ ซึ่งปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นนามธรรมของ

หลักสุจริตส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการนำหลักการเกี่ยวกับหลักสุจริตปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองมีความแตกต่างกันทั้งที่ข้อเท็จจริงในคดีมีลักษณะที่ใกล้เคียงและไม่ต่างกันมากนัก ซึ่งความแตกต่างนั้นก็คือการกล่าวอ้างหลักสุจริตในฐานะข้อกฎหมายที่ต่างกันนั่นเอง นอกจากนี้ยังมีปัญหาของการมิได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้อย่างชัดเจนหรือสะท้อนให้เห็นว่าได้นำหลักการในเรื่องหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีทั้งที่ข้อเท็จจริงในคดีจะมีลักษณะเหมือนกันก็ตาม ความเป็นนามธรรมของหลักสุจริตทำให้การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับคดีนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเลือกว่าจะนำมาปรับใช้ให้ปรากฏออกมาชัดเจนเป็นรูปธรรมหรือไม่ อย่างไร นั่นเอง ซึ่งปัญหาความเป็นนามธรรมของหลักสุจริตกับการนำมาปรับใช้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะปรากฏในคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างล่าช้า และคดีประเภทการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญา

6.1.3 ปัญหาการนำหลักสุจริตมาใช้ตีความสัญญาทางปกครอง

หลักสุจริตสามารถเข้ามามีบทบาทในการตีความสัญญาทางปกครองเพื่อเสริมเนื้อหาหรืออุดช่องว่างของสัญญาให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อแก้ไขหรือเพื่อตีความสัญญาทางปกครอง โดยให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญา เพื่อขจัดปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้องต่อไปได้ ซึ่งพบปัญหาในเรื่องการขาดความรู้ความเข้าใจในหลักการของหลักสุจริตอย่างถ่องแท้ทั้งในการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐที่ต้องมีการเข้าทำสัญญาทางปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเองด้วย

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 แนวทางการแก้ไขเกี่ยวกับการนำหลักสุจริตมาใช้กรณีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(1) บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตกับการควบคุมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของรัฐ

เนื่องจากการใช้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา และการยกเลิกสัญญา ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติในกฎหมายใดที่แน่นอนในการใช้อำนาจดังกล่าว เป็นเพียงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยมีหลักเกณฑ์ในเรื่องขอบเขตการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น จึงย่อมทำให้เกิดปัญหาในการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในเรื่องขั้นตอนหรือกระบวนการใช้อำนาจ รวมถึงขอบเขตการใช้อำนาจว่าควรมีขั้นตอนหรือขอบเขตเช่นไร ดังนั้น เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ศึกษาจึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการกำหนดขั้นตอนหรือกระบวนการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ รวมถึงขอบเขตของการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ให้ปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน และนำเอาบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจเช่นว่านั้น โดยอาจจะทำในรูปแบบ

ให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน เพื่อป้องกันมิให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปตามอำเภอใจ และเมื่อเรามีการกำหนดขั้นตอนหรือกระบวนการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ รวมถึงขอบเขตของการใช้อำนาจเอกสิทธิ์อย่างเป็นรูปธรรมแล้ว จะทำให้สามารถควบคุมหรือตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นนั้น ได้อีกด้วย ซึ่งผลของการทำให้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยนำเอาบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตมาควบคุมการใช้อำนาจอย่างชัดเจนให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร จะทำให้สามารถแก้ไขข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาทางปกครองได้ และจะทำให้ฝ่ายรัฐใช้อำนาจดังกล่าวด้วยความระมัดระวัง และเมื่อฝ่ายรัฐใช้อำนาจดังกล่าวไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดอย่างชัดเจน ย่อมเป็นเครื่องยืนยันถึงการใช้อำนาจว่าจะกระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างแน่นอน เนื่องจากมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้อย่างชัดเจน และสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจได้นั่นเอง

(2) ผลของการนำหลักสุจริตมาใช้กับการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณียกเลิกสัญญาทางปกครอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นในผลของการนำหลักสุจริตมาใช้ในการยกเลิกสัญญา ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นปัญหาของการซึ่งนำหน้าระหว่างหลักการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งเป็นหัวใจหลักของกฎหมายมหาชนกับหลักความสุจริต ว่าหลักการใดจะมีความสำคัญกว่ากัน ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากจะคำนึงถึงหลักการบริการสาธารณะแล้ว จะต้องคำนึงถึงความสุจริตของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายประกอบกันด้วย ซึ่งหากเกิดจากพฤติการณ์ที่ร้ายแรงของคู่สัญญาในการร่วมกันกระทำความผิดในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อประโยชน์โดยไม่ชอบ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองระยอง คดีหมายเลขดำที่ 80/2556 และคดีหมายเลขดำที่ 91/2556 หลักสุจริตก็จะเข้ามามีบทบาทในการเข้าไปยกเลิกสัญญาที่ขัดกับหลักสุจริตได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษามีข้อเสนอว่า ในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนอกจากจะต้องคำนึงหลักบริการสาธารณะแล้วจะต้องคำนึงถึงหลักความสุจริตด้วย โดยต้องดูเป็นกรณีๆ ไป ว่ากรณีใดควรจะให้มีความสำคัญกับหลักบริการสาธารณะ กรณีใดควรให้ความสำคัญกับหลักสุจริต เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจในการซึ่งนำหน้าความสำคัญระหว่างทั้งสองหลักดังกล่าวของหน่วยงานผู้มีอำนาจในการยกเลิกสัญญา

ส่วนสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นหลังจากที่มีการบอกเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากขัดกับหลักสุจริตและมีผลทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม และหากมีค่าเสียหายเกิดขึ้นจากการยกเลิกสัญญานี้จะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหาย ตามมาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น กรณีดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นควรเสนอว่า แม้จะมีการชดใช้ค่าเสียหายเมื่อคู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามมาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวแล้ว แต่เนื่องจากเป็นกรณีที่มีการยกเลิกสัญญาเกิดจากการกระทำของคู่สัญญาที่ขัดกับหลัก

สุจริต ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือหน่วยงานของรัฐนั้นชอบที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากคู่สัญญาที่ไม่สุจริตและทำให้ต้องยกเลิกสัญญานี้ได้ หรือหน่วยงานของรัฐที่จะต้องเสียหายนอกจากจะมีมาตรการลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้ที่ไม่สุจริตนั้นแล้ว หน่วยงานของรัฐควรขึ้นบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการฝ่ายเอกชนผู้นั้นมิให้เข้าร่วมเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐอีกด้วย เหตุผลที่ว่ามิพุดิการณ์ที่เป็นไปโดยไม่สุจริต นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นควรเสนอแนะให้มีการบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับขั้นตอนการทำสัญญาทางปกครอง รวมถึงบัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวโดยในบทบัญญัตินี้ให้กล่าวถึงบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมด้วย

6.2.2 แนวทางการแก้ไขเกี่ยวกับความเป็นนามธรรม ขอบเขตความหมายที่กว้างและไม่ชัดเจนของหลักสุจริตกับการนำมาใช้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาถึงปัญหาความเป็นนามธรรม ไม่ชัดเจนของหลักสุจริต เห็นว่า ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองควรสร้างบรรทัดฐานที่เป็นรูปธรรมของหลักสุจริตในเรื่องเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริต เพื่อเป็นแนวทางให้องค์กรต่างๆ ใช้ศึกษาเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ เพื่อไ้ระงับปัญหาข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือกระทำใด ๆ ที่ขัดกับหลักสุจริต นอกจากนี้ เห็นควรเป็นกรณีศึกษาเพื่อให้ศาลได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีหากต้องมีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อให้คดีมีบรรทัดฐานเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้งยังช่วยในการนำหลักสุจริตที่มีความไม่ชัดเจน หรือมีขอบเขตที่กว้างให้ปรากฏเป็นรูปธรรมและชัดเจนยิ่งขึ้น โดยผ่านในรูปแบบของคำพิพากษา นอกจากนี้เห็นควรให้มีการรวบรวมแนวคิด บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริต ตัวอย่างคำพิพากษาที่ปรากฏว่ามีการนำหลักสุจริตมาใช้ให้เป็นรูปธรรมโดยสำนักงานศาลปกครอง พร้อมเผยแพร่ไปยังหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางปกครอง เพื่อที่หน่วยงานนั้นจะได้นำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในการเข้าทำสัญญาทางปกครองต่อไป และหากหน่วยงานของรัฐได้เข้าไ้บทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตที่ได้รับจากการเผยแพร่แล้วจะช่วยทำให้การระงับปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองเป็นไปอย่างเป็นธรรมแก่คู่สัญญาและไม่ขัดกับหลักสุจริต

6.2.3 แนวทางการแก้ไขเกี่ยวกับการนำหลักสุจริตมาใช้ตีความสัญญาทางปกครอง

เมื่อเกิดกรณีมีปัญหาที่จะต้องตีความสัญญาทางปกครองเมื่อมีข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาและอาจจำเป็นต้องใช้หลักสุจริตมาใช้ตีความสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองนั้น ผู้ศึกษาเห็นควรที่จะส่งเสริมให้สถาบันการศึกษา มหาวิทยาลัย หรือองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทางด้านการศึกษาวิจัย ทำการศึกษา ค้นคว้าในเรื่องเกี่ยวกับบทบาท

หน้าที่ของหลักสูตรและเรื่องการศึกษา พร้อมทั้งเผยแพร่ จัดอบรม ให้ความรู้ ความเข้าใจ แก่หน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่หรือประชาชนผู้เกี่ยวข้องที่อาจเข้ามาทำสัญญาทางปกครอง ให้มีความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของหลักสูตรและการศึกษาให้ชัดเจน เป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้นำความรู้ ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่อาจเกิดขึ้นก่อนนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลต่อไป

กรม
ป
ช

กรม
บรรณานุกรม
ค

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมล ตันจินวัฒนกุล. (2555). หลักสุจริต. *วารสารกระบวนยุติธรรม*, ปีที่ 5 เล่มที่ 2.
- ก่อเกียรติ พิมพ์ทอง. (2550). *หลักสุจริตทางพาณิชย์* (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบ Civil Law และ common Law. *ศุลพาห*.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2555). *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. (Good Faith & Supervening Events) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย.* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร. (2554). *หลักกฎหมายเอกชน LW 102*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโน. (2529). *สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส : บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา*.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ และคณะ. (2545). *รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศส. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา*.

- ประสิทธิ์ โหมวิไลกุล. (2554). *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป : คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์สุจริตและความไว้วางใจ*. อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ (ม.ป.ป.)
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2557). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. (2526). *เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.
- พัชฌา จิตรมहीมา. (2553). *ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 27 ตอน 3.
- ภากรวีร์ กษิตินนท์. (2550). *การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- โกคิน พลกุล. (2547). *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย*. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4,1
- มานิตย์ วงศ์เสวี. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.
- ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535
- รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. (2555). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542). *ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2.
- วรนาธิ สิงโต. (2553). *การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ 27 ตอนที่ 2
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2547). *บทสรุปสำหรับผู้บริหาร เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: กองทุนเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครอง.
- สมยศ เชื้อไทย. (2554). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2557). *นิติปรัชญาเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). *การใช้สิทธิโดยสุจริต* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุนทร มณีสวัสดิ์. *สัญญาทางปกครอง*. สืบค้น 8 มิถุนายน 2558, จาก www.law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-13.pdf
- อภิชาติ คงชาติ. (2545). *หลักการตีความสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เอกสารคำบรรยายของ วรณาริ สิงโต เรื่อง *การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบเยอรมัน*.

ภาษาต่างประเทศ

- ANA BEDUSCHI-ORTIZ. (2010). *La notion de loyauté en droit administratif*, AJDA Dalloz. Dictionnaire Larousse. (2007).
- CE, ass. 28 décembre 2009, Commune de Bézier, n°304802, AJDA. (2010). p. 142.
- CE, 10 février 2010, Société Prest' Action, n°302226.
- CE, 16 juillet 2007. Société Tropic travaux signalization, n°291545, AJDA. p. 1577.
- CE, 31oct. (1980). *Ministre de l'équipement, Rec.* p. 399.
- Daniel E. Toomey, William B. Fisher, and Laurie F. Curry. (1990). Good Faith and Fair Dealing : The Well-Nigh Irrefragable Need for a New Standard in Public Contract Law. *Public Contract Law Journal*, 20(1), pp. 87-125.
- Frédéric ROLIN, *Professeur de droit public à l'Université de Paris X Nanterre, Rapport Français Le contrat administratif*. Retrieved 8 June 1015, from <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/2.%20Contrat%20administratif%20Rappor%20fran%C3%A7ais%20F.%20Rolin.pdf>
- Gérard CORNU. (2004). *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^e édition .
- Hans J. Wolff. Fortgef. Von Otto Bachof. Neubeaeb. von Rolf Stober. (2000). *Jurische Kurz-Lehr buecher, Verwaltungsrecht Band 2*.
- Heinz Joachim Bank, in : Paul Stelkens. Heinz Joachim Bank. Michael Sachs. (2001). *Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นราวุฒิ ฐิติวรรณ

ประวัติการศึกษา

ปีการศึกษา 2545 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พนักงานคดีปกครองชำนาญการ

สำนักงานศาลปกครองพิษณุโลก

DPU