

สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ



นางสาว รัดนา เล็กสมบูรณ์ไชย

	วพ342.042
<b>34A0090489</b>	ร376ส
Title : สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ	
ศูนย์สนเทศและหอสมุด มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์	

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2535

**ADMINISTRATIVE CONTRACTS ... A COMPARATIVE STUDY**

**MISS RATTANA LEKSOMBOONCHAI**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
For the Degree of Master of Laws Department of Law  
Graduate School Dhurakijpundit University**

**1992**



ใบรับรองวิทยานิพนธ์  
บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญา.....นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์

สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ

ADMINISTRATIVE CONTRACTS...A COMPARATIVE STUDY

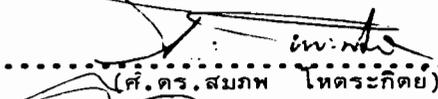
โดย น.ส.รัตนา เล็กสมบุญไชย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา รศ.ดร.พูนศักดิ์ ไวสวรรค์

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ดร.พรชัย เลื่อนจวี

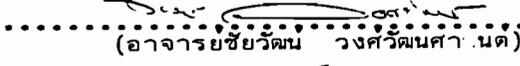
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

  
(ศ.ดร.สมภพ โทตระกิตย)

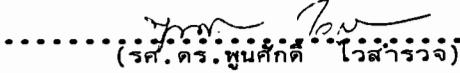
.....ประธานกรรมการ

  
(รศ.ดร.ภักดี พลกุล)

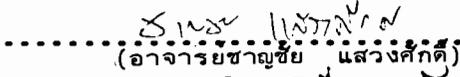
.....กรรมการผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย

  
(อาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์คำ นต)

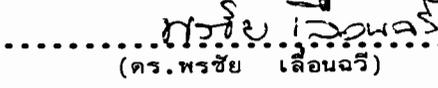
.....กรรมการ

  
(รศ.ดร.พูนศักดิ์ ไวสวรรค์)

.....กรรมการ

  
(อาจารย์ชาญชัย แสงศักดิ์)

.....กรรมการ

  
(ดร.พรชัย เลื่อนจวี)

.....กรรมการ

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว



.....คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

( ศ.ดร.ประเสริฐ วิทยาธร )

วันที่ ๑๕ เดือน มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๓๖

## กิติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้ สำเร็จได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งจาก ท่านรองศาสตราจารย์ดร. พูนศักดิ์ ไวสารวจ แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงและดร. พรชัย เลื่อนฉวี แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ที่ได้กรุณามาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ได้ให้คำแนะนำปรึกษาเอาใจใส่ตรวจและเพิ่มเติมข้อมูล ความคิดเห็นต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบคุณ ท่านอาจารย์เข็มชัย ชูติวงศ์, คุณอุดม คำจันทร์ แห่งสำนักงานอัยการสูงสุด ที่ได้ให้ความกรุณาเอื้อเฟื้ออำนวยความสะดวกในการค้นหาข้อมูลร่างสัญญาต่างๆ ในการทำวิทยานิพนธ์นี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. สมภพ โหดระกิตย ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์และชี้แนะแนวทางการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และท่านกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านอันได้แก่ ท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ และท่านรองศาสตราจารย์ดร. โภคิน พลกุล

เหตุที่วิทยานิพนธ์กลายเป็นความจริงขึ้นมา ก็ได้รับความร่วมมือทางด้านข้อมูลจากกองที่ปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุด ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้

และขอขอบพระคุณ คุณอนุสรณ์ จำเริญเลิศ ที่ได้อำนวยความสะดวกจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ณ โอกาสนี้ ข้าพเจ้าขอระลึกบุญคุณบิดามารดา และคณาจารย์ ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้แก่ข้าพเจ้าตลอดมา

นางสาวรัตนา เล็กสมบูรณ์ไชย

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย .....	
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	
กิตติกรรมประกาศ .....	
บทนำ .....	
- ที่มาและความสำคัญของปัญหา .....	1
- วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	1
- วิธีดำเนินการวิจัย .....	2
- ขอบเขตการวิจัย .....	2
- ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	2
ส่วนที่ 1 ทฤษฎีหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส	3
บทที่ 1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง .....	3
1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชน .....	3
1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ .....	9
บทที่ 2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง .....	16
2.1 ความหมายของคำว่า "สัญญาทางปกครอง" และ "สัญญา ของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน" .....	17

2.2	เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า "สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง" หรือ "สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน" ...	18
:	เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง .....	19
2.2.1	สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย .....	19
2.2.2	สัญญาทางปกครองโดยสภาพ .....	20
2.2.2.1	เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา .....	21
	- กรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน .....	21
	- กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน ..	21
	- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน .....	21
2.2.2.2	เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา .....	23
	ก. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ บริการสาธารณะ .....	23
	(1) สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ บริการสาธารณะโดยตรง.....	24
	(2) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือ การดำเนินงานบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ เพื่อสาธารณะประโยชน์ .....	27

(3) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน . . . . .	27
ข. สัญญานั้นมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมาย- เอกชนเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก . . . . .	28
- ความหมายของคำว่า "ข้อความซึ่งมีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบได้ ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน" . . . . .	28
(1) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน . . . . .	28
(2) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความ ไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน . . . . .	29
- ข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญา ตามกฎหมายเอกชน . . . . .	30
๖. เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาของ- ฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายมหาชน . . . . .	32
1. สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมาย เอกชนโดยข้อกำหนดของกฎหมาย . . . . .	33
2. สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมาย เอกชนอื่นๆ . . . . .	33

บทที่ 3	การจัดประเภทของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสโดยทั่วไป ..	36
3.1	สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ .....	37
3.2	สัญญาสัมปทาน .....	38
3.3	สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต่างๆ .....	43
ก.	สัญญาซื้อขาย .....	43
ข.	สัญญาเช่า .....	44
ค.	สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ทางการเงิน .....	46
ง.	สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ด้านสังคม .....	49
3.4	สัญญาทางเศรษฐกิจ .....	51
3.5	ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน .....	54
ก.	หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็นข้อตกลง ระหว่างนิติบุคคลมหาชน .....	55
ข.	ประเภทของข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน ...	59
1.	สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ตามแบบนิยมดั้งเดิม ...	59
2.	สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แบบใหม่ .....	62
บทที่ 4	ผลของสัญญาทางปกครองและการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง	66
	: ผลของสัญญาทางปกครอง .....	66
4.1	เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง-หน้าที่ของเอกชน .....	66

	หน้า
4.1.1 เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ . . . .	67
4.1.2 เอกสิทธิ์กรณีมีการผิดสัญญา . . . . .	70
4.2 หน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง-สิทธิพิเศษของเอกชน . .	72
4.2.1 สิทธิของเอกชนในกรณีปกติ . . . . .	72
4.2.2 หลักดลยภาพทางการเงินอันเป็นหน้าที่พิเศษ ของฝ่ายปกครอง . . . . .	74
: การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง . . . . .	77
<b>ส่วนที่ 2</b> ลักษณะสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศที่ยังไม่มีแนวความคิด ในเรื่องสัญญาทางปกครองเป็นเอกเทศ . . . . .	82
<b>บทที่ 1</b> แนวความคิดเกี่ยวกับหลักในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง ของประเทศต่างๆ . . . . .	82
1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองใน ประเทศอังกฤษ . . . . .	82
1.1.1 ความเบื้องต้น . . . . .	82
1.1.2 สัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ . . .	82
1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย	87
1.2.1 ความเบื้องต้น . . . . .	87
1.2.2 สัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย . . . . .	94

บทที่ 2	ลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศ ที่ยังไม่มีแนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง .....	98
2.1	ลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครองใน ประเทศอังกฤษ .....	98
2.1.1	หลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ ...	98
2.1.2	หลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ในงานบริการ- สาธารณะ .....	98
2.1.3	หลักเกณฑ์เรื่องการตีความสัญญา .....	99
2.1.4	หลักเกณฑ์เรื่องข้อจำกัดอำนาจการทำสัญญา..	99
2.1.5	หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจพิเศษในความสัมพันธ์ ทางสัญญา .....	101
2.1.6	หลักเกณฑ์เรื่องการเยียวยาในสัญญาของฝ่าย- ปกครอง .....	101
2.2	ลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครอง ในประเทศไทย .....	103
2.2.1	หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจบังคับการให้เป็นไป ตามสัญญา .....	106
(1)	ปรับ .....	106
	- แนวคำพิพากษาของศาล .....	108
	- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์.	110
(2)	สั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย .....	110
	- แนวคำพิพากษาของศาล .....	112

	หน้า
(3) จัดหาบุคคลอื่นเข้าทำแทน .....	113
- แนวคำพิพากษาของศาล .....	114
(4) การบอกเลิกสัญญา .....	115
- แนวคำพิพากษาของศาล .....	117
- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ .....	119
2.2.2 หลักเกณฑ์เรื่องการได้รับเงินค่าทดแทนพิเศษสำหรับ ความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากเหตุอันเกิด จากการกระทำของฝ่ายปกครอง .....	121
- แนวคำพิพากษาของศาล .....	125
2.2.3 หลักเกณฑ์เรื่องหน้าที่ในการจ่ายค่าตอบแทน ตามสัญญา .....	126
- แนวคำพิพากษาของศาล .....	128
- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ ...	128
2.2.4 หลักเกณฑ์เรื่องการปฏิบัติการตามสัญญา ....	132
- แนวคำพิพากษาของศาล .....	140
- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ ...	141
2.2.5 หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งสัญญา .....	142
- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ ...	147
2.2.6 หลักเกณฑ์เรื่องการขอต่ออายุสัญญา .....	149

	หน้า
- แนวคำพิพากษาของศาล .....	153
- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ ...	154
<b>บทที่ 3 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของไทย</b>	
<b>ในปัจจุบัน .....</b>	<b>162</b>
3.1 แนวความคิดของฝ่ายปกครอง .....	163
3.2 แนวความคิดของฝ่ายตุลาการ .....	165
<b>บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....</b>	<b>170</b>
<b>บรรณานุกรม .....</b>	<b>173</b>

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ
ชื่อนักศึกษา	นางสาว รัตนา เล็กสมบูรณ์ไชย
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ดร. พนศักดิ์ ไวสารว ดร. พรชัย เลื่อนฉวี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
การศึกษา	2535

### บทคัดย่อ

การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนของประเทศต่างๆ เช่น ฝรั่งเศสและอังกฤษมีแนวทางที่จะคุ้มครองสิทธิ และหน้าที่ของเอกชนนั้น กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐจะกระทำการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชน จะต้องเปิดโอกาสให้เอกชนมีสิทธิได้รับการเยียวยา ความเสียหายได้ ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมีความสำคัญมากประการหนึ่ง

สำหรับประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่า มีหลักกฎหมายปกครองที่พัฒนาอย่างมีระบบ ได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้น ในหลายด้านด้วยกัน โดยเฉพาะหลักกฎหมายที่ถือว่าเป็นหลักที่สำคัญที่สุดในบรรดาหลักต่างๆ ได้แก่ หลักสัญญาทางปกครอง (administrative contracts) จุดเด่นของหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส คือ เรื่องการบังคับและปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนี้เอง ซึ่งได้สร้างหลักพิเศษ อันเกิดจากแนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ถึงว่าประโยชน์ดังกล่าวจะขัดกับข้อความขัดแย้งแห่งสัญญาก็ตาม ทฤษฎีนี้เป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยกฎหมาย และไม่ขึ้นกับเจตนาของคู่สัญญา แสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิพิเศษบางอย่างเหนือเอกชน โดยสภาพของกิจการที่ทำ

เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวในขณะที่ เดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีเป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้สัญญาต่างๆ ที่ ทางหน่วยงานของรัฐกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชนไว้ จะเป็นข้อกำหนดสิทธิ และเงื่อนไขที่เป็นเอกเทศต่างหากจากสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เห็นว่ามีข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่อย่างมีหลักเกณฑ์ ที่แน่ชัดเป็นเหตุเป็นผล มีการเยียวยาให้แก่ฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหาย

ส่วนประเทศอังกฤษนั้น แม้จะไม่มีหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปก- ครองใช้เช่นเดียวกับไทย แต่อังกฤษก็มีข้อกำหนดให้เอกชนที่มาผูกนิติสัมพันธ์กับ หน่วยงานของรัฐ ซึ่งได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับเงินทดแทนความเสียหาย ดังกล่าวได้

ถ้าเรานำแนวทางการเยียวยา ความเสียหายของประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ มาทดลองใช้กับของไทยอาจทำให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับ เอกชนคู่สัญญา มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นได้

Thesis title Administrative contracts... a comparative study.

Name Miss Rattana Leksomboonchai

Thesis advisor Associate professor

Dr. Phoonsakdi Vaisumruat

Dr. Pornchai Luernshavee

Department Public law.

Academic year 1992

#### Abstract

Contract between the government service and the individual of other countries such as France and England have trend to protect the individual's right and duty, i.e. the government service shall act against the right and duty of the individual. The individual should have the opportunity to have its right to redress its damage which is considered a very important principle law.

In France, the country of which the systematic development of administrative law is well recognised, has created and developed many principle of administrative law especially the most important one is the administrative contract. The unique of the French administrative contracts is the enforcement and implementation of administrative contracts which create

special principle derived from the concept to accept the almost public benefit or the public benefit is above of any kind. Though it may be in conflict with the specific text of the contract. This theory is constructed by law and is not subjected to the intention of the party. This shows that no matter whatsoever a clause may be, the administrative branch has certain privileges over that of a private entity, especially the ability to unilaterally change the contract. At the same time the administrative branch has special duty which the private party under the civil and commercial law does not have of same to compensate the private party in the contract with the government branch. Moreover, contracts made by the government service specifying the rights and duties of the individual will be the criteria for setting those rights and duties separate from the contracts made according to the civil and commercial law. This type of contracts demonstrated that the clear and reasonable specification of the rights and duties of the individual will aid in compensation to the individual in case of damage.

In England though no law relating to administrative contract is applied for as well as in Thailand, but England has specific terms allowing private party receiving compensation for the damage occurred in legal transaction with the government service.

If we use the above mentioned method in experiment in Thailand, it might make the contract between the government service and the private party more perfect effective.

D  
P  
U

## บทนำ

### ที่มาและความสำคัญของปัญหา

หน่วยงานของรัฐสมัยปัจจุบันนี้ มีความจำเป็นต้องเข้าทำสัญญากับเอกชนในรูปแบบต่างๆ มากมายและประเทศไทยยังไม่มีกฎหมาย โดยเฉพาะที่จะใช้กับการทำสัญญาระหว่างฝ่ายราชการและเอกชน ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายปกครองที่พัฒนาแล้วทั้งหลายเห็นความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะระหว่างสัญญาทางปกครอง และสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ต่างกันมาเป็นเวลานานแล้ว จึงถึงเวลาแล้วที่จะต้องศึกษาอย่างจริงจังว่ามีความจำเป็นหรือไม่เพียงใด ที่จะสร้างกฎหมายเฉพาะขึ้นใช้บังคับกับสัญญาบางประเภทที่ฝ่ายราชการเป็นคู่สัญญา โดยการศึกษา ถึงประสบการณ์ของประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยเฉพาะของประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ของการประยุกต์ หลักการดังกล่าวมาใช้กับกรณีของประเทศไทย นอกเหนือไปจากการใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

### วัตถุประสงค์ของการวิจัย

ค้นหาลักษณะของสัญญาทางปกครองของประเทศที่มีหลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง และของประเทศที่ยังไม่มีหลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง เพื่อให้ทราบถึงแนววิธีในการคุ้มครองเอกชนที่มาผูกนิติสัมพันธ์ กับ หน่วยงานของรัฐว่าแต่ละประเทศมีแนวคิดในเรื่องนี้อย่างไร

## วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร

### ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศที่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อันได้แก่ประเทศฝรั่งเศส และประเทศที่ไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองใช้บังคับ อันได้แก่ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย

### ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้เข้าใจลักษณะของหลักกฎหมาย เรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศที่มีหลักในเรื่องใช้บังคับกับประเทศที่ไม่มีหลักกฎหมายดังกล่าว ใช้บังคับ แต่มีวิธีที่จะเยียวยาเอกชนคู่สัญญา ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐได้ ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นพื้นฐาน ในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยได้ต่อไป

## ส่วนที่ 1 ทฤษฎีหรือหลักเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

### บทที่ 1

#### ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

วิวัฒนาการของหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอง เป็นส่วนหนึ่งของวิวัฒนาการทฤษฎีทั่วไปของกฎหมายฝรั่งเศสด้วย ดังนั้น จึงควรต้องทำความเข้าใจสองเรื่องนี้ควบคู่กันไป

#### 1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชน (La puissance publique)

แนวความคิด ซึ่งเป็นพื้นฐานของ ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คือ แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชน ในสมัยนั้น คำว่า "อำนาจมหาชน" ได้ใช้ในความหมายที่เหมือนกับความหมายของคำว่า "รัฐ" ที่ใช้ในปัจจุบัน แนวความคิดดังกล่าวมีสาระสำคัญซึ่งสรุปได้ ดังนี้

รัฐคือ ผู้ทรงไว้ซึ่งความเป็นใหญ่เหนือเอกชน ดังนั้น เจตนารมณ์ของรัฐ จึงอยู่เหนือเจตนารมณ์ของพลเมืองซึ่งเป็นเอกชน ด้วยเหตุนี้ องค์การของรัฐจึงสามารถดำเนินการ โดยใช้อภิสิทธิ์บางอย่างซึ่งเกินขอบเขตอันสมควร ในกฎหมายเอกชนการดำเนินงานโดยใช้อภิสิทธิ์ดังกล่าว หมายถึง การดำเนินงาน โดยวิธีการใช้อำนาจบังคับซึ่งได้แก่การออกคำสั่ง การห้าม และการตราข้อบังคับ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีผลบังคับแก่เอกชน โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ และเป็นเจตนารมณ์ที่แสดงออกซึ่งคำสั่งการ ดังจะเห็นได้ว่า องค์การนิติบัญญัติอาจตรากฎหมาย เพื่อกำหนดหน้าที่ของพลเมืองได้โดยไม่จำเป็นต้อง

ได้รับความยินยอมของบุคคล ซึ่งต้องรับหน้าที่นั้น ศาลยุติธรรมอาจพิพากษาคดีได้ แม้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ยินยอมขึ้นศาล กิจกรรมของรัฐกระทำโดยใช้ อภิสัทธิดังกล่าวเรียกกันในครั้งนั้นว่า "กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน" กิจกรรม ดังกล่าวแตกต่างกับกิจกรรมของเอกชนในประการที่ว่า เอกชนไม่อาจดำเนินงาน โดยการใช้อำนาจบังคับได้ โดยที่กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชนมีลักษณะที่แตกต่าง กับกิจกรรมของเอกชนอย่างเด่นชัด ดังนั้น จึงต้องมีหลักกฎหมายพิเศษเพื่อใช้ บังคับแก่ "กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน" โดยเฉพาะ และคดีที่พิพาทเกี่ยวกับกิจ- กรรมดังกล่าว จะต้องให้ศาลพิเศษคือศาลปกครองเป็นผู้ตัดสิน

อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ได้ดำเนินงานโดยใช้อำนาจบังคับเสมอไปใน บางครั้งรัฐก็กระทำการโดยวิธีเดียวกับวิธีการจัดการทรัพย์สินของเอกชน และ ปฏิบัติต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับรัฐ เช่น ในกรณีที่รัฐทำสัญญาทั้งหลายกับ เอกชน เป็นต้น การกระทำของรัฐเช่นว่านี้ เรียกว่า "กิจกรรมในทางจัด การ" โดยที่กิจกรรมของรัฐดังกล่าวนี้ไม่แตกต่างกับกิจกรรมของเอกชน ดังนั้น จึงต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับแก่ "กิจการในทางจัดการ" ของรัฐ ด้วย และเป็นอำนาจหน้าที่ ของศาลยุติธรรมที่จะพิพากษาคดีซึ่งพิพาทเกี่ยวกับ "กิจกรรมในทางจัดการ" ของรัฐ

เห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชนดังกล่าวเบื้องต้น เป็น พื้นฐานของระบบกฎหมายปกครอง จึงมีทัศนะว่า ระบบกฎหมายปกครองควรใช้ แก่กิจกรรมของรัฐที่ เรียกว่า "กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน" เท่านั้น โดยนัยนี้การ แบ่งเขตแดนระหว่างระบบกฎหมายเอกชน ต้องถือเอาความแตกต่าง ระหว่าง การกระทำของรัฐ ที่เรียกว่า กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชนและกิจการในทาง จัดการ เป็นหลัก

พึงสังเกตว่า การที่ลัทธินิยามถือว่าแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจ มหาชน เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในสมัยนั้นเป็นการสอด

คล้องกับสภาพการณ์ของประเทศฝรั่งเศสนั้นกล่าวคือในยุคดังกล่าว หน้าที่การงานของรัฐจำกัดอยู่แต่เฉพาะในทางการเมือง ดังจะเห็นได้ว่า ในสมัยนั้นหน้าที่ของรัฐก็คือ การจัดระเบียบและการดำเนินงานของหน่วยงาน ซึ่งมีหน้าที่ด้านการทหารการรักษาความสงบเรียบร้อยและการศาล การงานของรัฐดังกล่าวเป็นกิจกรรมซึ่งโดยสภาพจะต้องกระทำโดยการใช้อิทธิทธิของรัฐ คือการใช้อำนาจบังคับ ซึ่งแตกต่างกับกิจกรรมของเอกชน ดังนั้นแนวความคิดดังกล่าวจึงเหมาะสมกับเหตุการณ์ในสมัยนั้น

นอกจากนี้หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสยังมีจุดกำเนิดสำคัญอยู่ตรงที่ภายหลังปฏิวัติใหญ่ ปี 1789 ซึ่งใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ ส่งผลให้ฝรั่งเศสมีระบบศาลคู่ โดยผู้ก่อการปฏิวัติได้ตรากฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้าพิจารณาคดีปกครอง เพราะเกรงว่า ศาลจะทำตัวเหมือน le parlement เนื่องจากว่า พวกปฏิวัติฝรั่งเศสเข้าใจว่า อำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่งหรือ "อำนาจตุลาการ" นั้นเป็นอำนาจหนึ่งที่ต้องแยกออกจาก "อำนาจนิติบัญญัติ" และ "อำนาจบริหาร" โดยเป็นอำนาจที่ใช้ลงโทษสำหรับการกระทำความผิดหรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชนเท่านั้น ทั้งนี้ประกอบกับความไม่พอใจของพวกปฏิวัติในบทบาทอนุรักษ์อย่างมากของศาล ซึ่งทำให้มีการออกกฎหมายห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม (คือที่อยู่ในอำนาจตุลาการ) พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง

และฝรั่งเศสยังมีแนวความคิดอีกว่า ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับฝ่ายปกครองกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย จะต้องเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่าง หรือเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับเอกชนและความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น เป็นแนวความคิดที่สืบทอดมาจากแนวความคิดในการแยกกฎหมายออกเป็น 2 สาขาใหญ่ ๆ คือ กฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชน แนวความคิดดังกล่าวนี้ ได้พัฒนามาเป็นเวลานานจนสามารถพัฒนาหลักกฎหมาย

ปกครองขึ้นมาเป็นระบบกฎหมายที่เป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายเอกชนได้ <sup>(1)</sup>

นักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความเห็นว่า ในทุกสังคม มนุษย์ที่มีการจัดการปกครองอย่างเป็นระบบไม่ว่ายุคใด สมัยใด ได้มีการแยก แยะกันระหว่างกฎหมายที่ใช้บังคับการดำเนินการ หรือกิจกรรมทางปกครองของ หัวหน้าชุมชน (หัวหน้าเผ่า กษัตริย์ จักรพรรดิ รัฐบาล) กับกฎหมายที่ใช้บังคับ กับความสัมพันธ์ระหว่างผู้อยู่ใต้ปกครอง (เอกชน) ด้วยกันเอง ที่เป็นเช่นนั้น เพราะปัญหาที่เกิดจากกิจกรรมทางปกครองนั้น มีลักษณะที่แตกต่างจากปัญหาที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันเอง กล่าวคือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันเองนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะที่ถือว่าเท่าเทียมกัน และต่างฝ่ายต่างก็มุ่งประสงค์ที่จะต้องสนองประโยชน์ส่วนตัวของตน ดังนั้น ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายเอกชน ก็คือ การทำให้เกิดความเสมอภาคระหว่างเอกชนให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ แต่ในความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยนั้น ฝ่ายปกครอง จำเป็นต้องมีอำนาจพิเศษเหนือเอกชน หรือมีอำนาจบังคับบัญชาเอกชนได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน จึงแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ดังนั้น กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยจึงมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชน <sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 4 ตอน 3 (2528) : 568-569

<sup>(2)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ตามแนวความคิดของฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 (เมษายน 2533) ตอน 1 : 159

นักกฎหมายฝรั่งเศสอีกท่านหนึ่ง ได้อธิบายแนวความคิดที่เป็นรากฐานของการมีระบบกฎหมายปกครองเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายเอกชนไว้ - อย่างชัดเจนว่า การดำเนินการของฝ่ายปกครองและของเอกชนนั้นแตกต่างกัน ทั้งในด้านวัตถุประสงค์ (but) และวิธีการ (moyens)

และให้คำอธิบายต่อไปว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคมซึ่งไม่อาจอยู่รอดตามลำพังได้ มนุษย์อาจจะตอบความต้องการและความจำเป็นบางอย่างของตนได้ด้วยตนเอง โดยการแบ่งงานกันทำและโดยการแลกเปลี่ยนกันแต่ก็มีความจำเป็น และความต้องบางอย่างที่เอกชนแต่ละคนไม่อาจ ตอบสนองได้เอง เนื่องจากเกินขีดความสามารถของเอกชนแต่ละคนที่จะทำได้ตามลำพัง เช่น การป้องกันประเทศ และการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือมีกิจการบางอย่าง ซึ่งไม่มีเอกชนใดต้องการทำเพราะไม่มีผลกำไร กรณีเช่นนี้ เป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องตกเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

มูลเหตุจูงใจในการดำเนินการของเอกชนก็คือ การแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว เช่น ผลกำไร การประสบความสำเร็จในหน้าที่การงานหรือการทำตามอุดมคติของตนซึ่งในบางครั้งการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว ของเอกชน อาจเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมก็ได้ แต่จะเป็นเช่นนั้นเสมอไป ส่วนมูลเหตุในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ก็คือการตอบสนองประโยชน์สาธารณะ โดยไม่หวังผลประโยชน์ตอบแทน

ในเมื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองและของเอกชนแตกต่างกันแล้ววิธีการในการดำเนินการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว จะแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคทางกฎหมาย เอกชนคนหนึ่งคนใดจะนำเอาความประสงค์ของตนไปบังคับเอกชนอีกคนหนึ่ง โดยที่ฝ่ายหลังไม่ยินยอมไม่ได้ด้วยเหตุนี้นิติกรรมแสดงคุณลักษณะของความสัมพันธ์ของเอกชนก็คือสัญญา ส่วนฝ่ายปกครอง

ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองประโยชน์สาธารณะนั้น จะไม่สามารถดำเนินการ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้เลย ถ้าหากฝ่ายปกครองจะต้องตกอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันกับเอกชน ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการ เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ในบางครั้งอาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ซึ่งเอกชนผู้เสียประโยชน์ก็อาจจะขัดขวาง การดำเนินการดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องมีอำนาจที่จะออกคำสั่งบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของเอกชนผู้เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจพิเศษดังกล่าว เป็นวิธีการในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเสมอไป ในกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถทำความตกลงกับเอกชนได้ด้วยดี ฝ่ายปกครองก็สามารถเลือกใช้วิธีการทำสัญญากับเอกชนแทนก็ได้

ต่อมา มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิวัติทางอุตสาหกรรมทำให้ความต้องการของพลเมืองมีมากขึ้น ดังนั้นจึงได้มีการพัฒนาหน่วยงานทางเทคนิครองรับเพื่อให้บริการด้านต่างๆ แก่ประชาชน เช่นการศึกษา การประชาสัมพันธ์ การจำหน่ายแก๊สให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นและการจำหน่ายกระแสไฟฟ้า เป็นต้น กิจกรรมซึ่งรัฐกระทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชนดังกล่าว เรียกว่า "บริการสาธารณะ" (service public) ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกับการดำเนินงานของรัฐในสมัยก่อนหน้านั้นในประการที่ว่า การดำเนินกิจกรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้ดำเนินการโดยใช้อำนาจบังคับ ซึ่งเป็นอภิสิทธิ์ของรัฐแต่อย่างใด ในทางตรงข้ามรัฐมีหน้าที่โดยพฤตินัย ที่จะให้บริการแก่ประชาชนโดยส่วนรวม (intérêt général) ซึ่งแตกต่างกับบริการของเอกชนซึ่งมุ่งแสวงหาผลกำไร ดังนั้นจึงมีผู้คิดเห็นว่า แม้บริการสาธารณะจะมีใช่เป็นกิจกรรมซึ่งรัฐดำเนินการโดยอาศัยการใช้อำนาจบังคับก็ตาม แต่ความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมก็เป็นเหตุผลอันสมควรที่สนับสนุน-

การนำหลักกฎหมายพิเศษมาใช้บังคับ แก่กิจกรรมของฝ่ายปกครองซึ่งมีลักษณะ เป็นบริการสาธารณะ มิใช่กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน และไม่สมควรอยู่ภายใต้ หลักกฎหมายพิเศษ เมื่อเป็นเช่นนั้น ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา นัก กฎหมายมหาชนส่วนมาก เห็นว่าการที่ถือว่า "อำนาจมหาชน" เป็นพื้นฐาน ของระบบกฎหมายปกครองนั้น จึงไม่ถูกต้องและไม่ยอมรับทัศนะดังกล่าว ขณะ เดียวกันได้เกิดมีทัศนะใหม่ว่า "บริการสาธารณะ" คือพื้นฐานของระบบกฎหมาย ปกครองของฝรั่งเศส

## 1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

นักกฎหมายมหาชนส่วนมากมีทัศนะว่า การที่ต้องมีหลักการและ ทฤษฎีพิเศษของกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองนั้น ก็เนื่องมาจากความจำ เป็นในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความสำเร็จของการจัดทำบริการสาธารณะย่อมขึ้นอยู่กับ การที่บริการสาธารณะอยู่ภายใต้หลักการและทฤษฎีพิเศษดังกล่าว

ตามที่เข้าใจกันในสมัยนั้น บริการสาธารณะหมายถึงกิจกรรมทั้ง หลายของฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม เช่น การป้องกันประเทศ การเดินรถไฟ การทะเบียนราษฎร เป็นต้น

นิติบุคคลมหาชนทั้งหลาย เช่นรัฐ เดบาร์เตอมองและคอมมูนต่างๆก็ จัดทำบริการสาธารณะของตน ดังจะเห็นได้ว่า การจัดการศึกษาเป็นบริการ สาธารณะของรัฐการเดินรถรางเป็นบริการสาธารณะเทศบาล องค์ประกอบที่สำคัญของบริการสาธารณะ ก็คือความต้องการของประชาชนที่จะต้องตอบสนองและ ประโยชน์ส่วนรวม ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าความต้องการของประชาชนใน เรื่องใด เอกชนไม่อาจสนองได้หรือไม่อาจสนองได้อย่างเพียงพอ รัฐก็จะจัดทำ กิจกรรมในเรื่องนั้น ในรูปของบริการสาธารณะแทนที่จะปล่อยให้เอกชนริเริ่มจัด

ทำบริการดังกล่าวในการนี้ รัฐมีอิสระอย่างเต็มที่ในอันที่จะพิจารณาว่าควรจะสนองความต้องการส่วนรวมในเรื่องใดหรือไม่ ดังนั้นการสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม จึงเป็นลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ

แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ซึ่งถือว่าเป็นที่มาของหลักสัญญาทางปกครองกล่าวคือ เอกสิทธิ์พิเศษและหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส เกิดจากทฤษฎีประโยชน์สาธารณะนั่นเอง จึงควรทำความเข้าใจดังนี้ คือ<sup>(๓)</sup>

#### (1) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หลักการดังกล่าวมีความหมายว่า บริการสาธารณะจะต้องดำเนินไปโดยไม่หยุดชะงัก เพราะถ้าหยุดลงประชาชนจะเดือดร้อน ผลที่สำคัญจากหลักนี้มี 3 ระดับคือ ในระดับฝ่ายปกครอง ผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะไม่ได้หรือหยุดทำบริการสาธารณะหรือทำไม่ได้ ไม่ได้ มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ในระดับพนักงานฝ่ายปกครอง จะต้องทำตามหน้าที่ และนัดหยุดงานไม่ได้ในระดับคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่ทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินบริการสาธารณะเรื่อยไปไม่ทำก็จะประสบอุปสรรคและความยากลำบากเพียงใด ยกเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะตกเป็นอันพันวิสัย โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้เอกชนตามสัญญาที่ทำด้วยความยากลำบาก นอกจากนี้ แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนจะอ้างสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการตอบโต้การผิดสัญญาตามหลักทั่วไป ในเรื่องสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้เพราะ จะทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก

<sup>(๓)</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส"

## (2) หลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ

มีหลักว่าบริการสาธารณะต้องพัฒนาให้ทันกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน หลักการนี้มีผลใน 4 ระดับ คือในระดับฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบ มีหน้าที่ต้องพัฒนาบริการสาธารณะของตนเสมอในระดับฝ่ายปกครอง ก็ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงโยกย้าย ยกเลิกบริการสาธารณะเพื่อความเหมาะสม ในระดับคู่สัญญาทางปกครองก็ต้องพร้อมที่จะพัฒนา บริการสาธารณะที่ตนทำอยู่ตามสัญญาในระดับเอกชน ผู้ใช้บริการก็ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงในราคาค่าบริการ ซึ่งจะนำมาใช้พัฒนาบริการ

## (3) หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ

ถือหลักว่าทุกคนเสมอภาคในเรื่องที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะทั้งในสิทธิและภาระหน้าที่ เช่นทุกคนมีสิทธิใช้บริการสาธารณะได้ถ้าทำตามเงื่อนไข

## (4) หลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ

เป็นหลักที่ถือว่าฝ่ายปกครองจะเลือกปฏิบัติไม่ได้ โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปตามหลักการขั้นมูลฐานดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่บริการสาธารณะจึงต้องสอดคล้องกับหลักการเหล่านี้ เมื่อเป็นเช่นนั้น กฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริการสาธารณะ จำต้องอาศัย แนวความคิดเกี่ยวกับสาธารณะเป็นพื้นฐาน

ดังนั้น ความเป็นกลางในการจัดทำบริการสาธารณะให้ดีที่สุด คือ เหตุผลของการที่มีหลักกฎหมายพิเศษ เพื่อใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง ทำให้เกิดความคิดว่าการกำหนดเขตแดนระหว่างระบบกฎหมายปกครอง และระบบกฎหมายเอกชน จะต้องมีการแบ่งแยกกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นบริการ

สาธารณะ และกิจกรรมของฝ่ายปกครองซึ่งมิใช่บริการสาธารณะ สำหรับกิจกรรม ซึ่งเป็นบริการสาธารณะนั้นอยู่ภายใต้หลักการพิเศษของกฎหมายปกครอง และคดีพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะของศาลปกครองที่จะตัดสิน ส่วนกิจกรรมฝ่ายปกครอง ซึ่งมิใช่บริการสาธารณะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน และคดีพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมดังกล่าวอยู่ในของศาลยุติธรรม<sup>(๔)</sup>

สารสำคัญของความคิดดังกล่าว อาจสรุปได้ 2 ประการ คือ

(1) การแข่งขันอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นผลให้กำหนดได้ว่า คดีนั้นจะนำหลักกฎหมายปกครอง หรือหลักกฎหมายเอกชนมาปรับ จะต้องพิจารณาว่ากิจกรรมของฝ่ายปกครองที่พิพาทกันนี้ เป็นบริการสาธารณะหรือไม่ ถ้ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะ คดีนั้นก็เป็อำนาจของศาลปกครองที่จะตัดสินและต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับแก้คดี ถ้ากิจกรรมนั้นมีใช่บริการสาธารณะ ดังนั้นก็อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาปรับ ทั้งนี้เพราะกิจกรรมของฝ่ายปกครอง มิใช่บริการสาธารณะนั้นเป็นกิจกรรม ซึ่งกระทำเพื่อหาประโยชน์ในทางการเงินจากทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง ที่ไม่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะให้กิจกรรมดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักการพิเศษของกฎหมายปกครอง ซึ่งรับรองเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง แต่ขณะเดียวกันเอกชนก็ต้องเสียประโยชน์ส่วนบุคคล

(2) อย่างไรก็ตาม การดำเนินกิจกรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะนั้น

<sup>(๔)</sup> อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศ , "คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ" เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2529) หน้า 38

ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองเสมอไปในการบริหารบริการ สาธารณะนั้นฝ่ายปกครองจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเอกชน โดยเข้า กระทำนิติกรรมภายใต้กฎหมายเอกชนก็ได้ ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีสิทธิเลือกวิธี การของกฎหมายมหาชน หรือจะเลือกวิธีดำเนินงานของกฎหมายเอกชนก็ได้ นอกจากนี้ในการทำสัญญากับเอกชนนั้น ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาลักษณะการปก- ครองหรือจะทำสัญญาลักษณะเอกชนก็ได้ แล้วแต่ฝ่ายปกครองจะพอใจ ในกรณีที่ ฝ่ายปกครองดำเนินงานโดยวิธีการของกฎหมายเอกชน การบริหารบริการสา- ธารณะตามวิธีการของกฎหมายเอกชน จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน ในกรณีเช่นว่านี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารบริการสาธารณะตามวิธีดังกล่าวจะ ต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ตัดสินความคิดที่ว่า

จึงเห็นได้ว่า ในยุคเริ่มต้นของกฎหมายปกครองทั้งศาลและนักกฏ- หมายมหาชนฝรั่งเศสต่างถือว่า ทฤษฎีที่เป็นหัวใจกฎหมายปกครองในเวลานั้น คือ ทฤษฎีอำนาจมหาชน อันต่างจากทฤษฎีการกระทำที่เป็นการดำเนินงาน อย่างเดียวกับเอกชน กล่าวคือ กรณีแรกเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่าย ปกครองจึงต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับ ส่วน กรณีหลังเป็นการใช้สัญญากระทำ การเช่นเดียวกับเอกชน จึงต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับ ในภาวะเช่นนี้ต้องถือ ว่า สัญญาเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายปกครองในเวลานั้น เพราะกิจกรรม ส่วนใหญ่ ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจฝ่ายเดียวเป็นหลัก และโดยทั่วไปสัญญา ที่ฝ่ายปกครองทำจะเป็นสัญญาที่ต้องใช้กฎหมายแพ่งบังคับ เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะ ทำให้การใช้อำนาจมหาชนปรากฏในข้อสัญญา จึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชน ทฤษฎีเกี่ยวกับเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ว่าต้องมีข้อความที่มี ลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบได้ตามกฎหมายเอกชน เพราะให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่าย ปกครองที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงเกิดขึ้นก่อนทฤษฎีอื่นทั้งหมด

ในยุคเริ่มแรกนี้เองที่ปรากฏว่า สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเริ่มตีความให้ สัญญาจ้างก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ชั้นศาลปกครองนั้นขยายไปถึงสัญญา

หลายประเภทที่ไม่ใช่สัญญาก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยตรง แต่เกี่ยว-  
ข้องกับสัญญาดังกล่าวอย่างใกล้ชิด เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะคือ  
นอกจากจะให้เอกชนก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นทางรถไฟ ถนน ฯลฯ  
แล้วยังให้สิทธิเอกชนหาประโยชน์ จากทรัพย์สินเหล่านี้แทนรัฐด้วยสภาพที่ปรึกษา  
แห่งรัฐจึงใช้กฎหมายมหาชนบังคับ

ต่อมา ทั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เริ่ม  
เปลี่ยนแนวมายึดหลักว่าทฤษฎีที่เป็นหัวใจของกฎหมายมหาชน ฝรั่งเศสต่อไปนี้เป็นคือ  
ทฤษฎีบริการสาธารณะ ณ จุดนี้เองทฤษฎีสัญญาทางปกครองวิวัฒนาการไปมาก  
และเป็นรากฐานอยู่จนทุกวันนี้ และตัวทฤษฎีบริการสาธารณะนี้เองก็มีอิทธิพล  
เหนือสัญญาทางปกครองหลายประการด้วยกัน อาทิ แทนที่ศาลจะถือว่าสัญญาทาง  
ปกครอง ต้องมีข้อความยอมรับอำนาจมหาชนเช่นเดิมเป็นหลัก ศาลกลับถือว่าต่อ  
ไปนี้ ถ้าสัญญามีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง  
แล้วใช้รัฐ สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครองทันที โดยไม่ต้องดูข้อสัญญาอีก จาก  
วิวัฒนาการนี้จะเห็นได้ว่า เกณฑ์ที่วินิจฉัยที่เคยใช้เป็นหลักมาแต่เดิมกลับลดความ  
สำคัญลงเป็นรอง เกณฑ์ใหม่อันเป็นเกณฑ์ของทฤษฎีบริการสาธารณะ

จึงเห็นได้ว่า ทฤษฎีใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในยุคนี้ ล้วนมีที่มาจาก  
ทฤษฎีบริการสาธารณะทั้งสิ้น เช่น ทฤษฎีอำนาจการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา  
ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้เป็นต้น โดยถือว่า  
ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่เอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญา  
สัมปทานบริการสาธารณะ ถ้าหากว่ามีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ในขณะที่  
ที่เข้าทำสัญญา ซึ่งผิดปกติและอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาเกิดขึ้น ใน  
ระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาและทำให้เอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาต้องรับภาระทาง  
การเงินเพิ่มขึ้นอย่างมากมาย เช่น การที่ราคาวัตถุดิบมีราคาสูงขึ้นอย่างผิดปกติ  
ทั้งนี้ แม้ว่าจะไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาให้ฝ่ายปกครองต้องช่วยเหลือก็ตามการที่สภา  
ที่ปรึกษาแห่งรัฐบังคับให้ฝ่ายปกครองให้ความช่วยเหลือ ทางการเงินแก่สัญญา

ดังกล่าวก็เพื่อให้บริการสาธารณะ ซึ่งคู่สัญญาได้รับสัมปทานไปให้จัดทำดำเนินไป โดยไม่หยุดชะงักเพราะถ้าฝ่ายปกครองไม่ช่วยเหลือเช่นนั้น ผู้รับสัมปทานจะต้องล้มละลายและบริการสาธารณะก็จะหยุดชะงักลง

แสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสสร้างขึ้นมากเพื่อแก้ไข ปัญหาทางกฎหมายและการบริหารควบคู่กันไป ลักษณะของกฎเกณฑ์ดังกล่าว จึง มีลักษณะเป็นพลวัต (dynamic) มีกฎเกณฑ์ใหม่ๆ เกิดขึ้นแทนของเก่าที่ล้าสมัย ทั้งนี้เพื่อปรับให้กฎหมายทันกับเหตุการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลา

## บทที่ 2

### ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ ระบบกฎหมายแบบประมวลธรรม (Civil Law System) ซึ่งมีแนวความคิดว่าความสัมพันธ์ที่ ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยจะต้องตกอยู่ภายใต้ ระบบกฎหมายปกครองที่เป็นเอกเทศต่างหาก จากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน คือกฎหมายแพ่งและข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยก็จะต้องให้ศาล ซึ่งเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย อาจถือได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่ง ที่ได้ทำการพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวนี้ มาเป็นเวลานานจนสามารถพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาเป็น ระบบกฎหมายที่เป็นเอกเทศ จากระบบกฎหมายเอกชนได้<sup>(๕)</sup>

และเมื่อดูจากกิจกรรมของ ฝ่ายปกครองแล้วเห็นว่ามี 2 ลักษณะสำคัญที่ต่างจากกิจกรรมของเอกชน คือกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชน (Intérêt Général) กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำจึงเป็นบริการสาธารณะ (Service Public) อันต่างจากกิจกรรมของเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้ก็มีกรณีที่ ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะทั้งหลาย จึงมักมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เป็นข้อบังคับ หรือคำสั่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้ โดยเอกชนไม่จำเป็นต้อง

<sup>(๕)</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (1),

ยินยอมด้วย วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการดำเนินการบริการสาธารณะ ก็คือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่แก่เอกชน ในรูปข้อบังคับ หรือคำสั่ง ซึ่งเรียกสั้นๆ ว่า นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (acte administratif unilatéral)

นอกเหนือไปจากการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจใช้เทคนิคทางสัญญาเข้ามาดำเนินการของตน เพื่อเสริมการใช้อำนาจฝ่ายเดียวได้ หลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง (contrat de l'administration) จึงเกิดขึ้นในกฎหมายฝรั่งเศส

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั้น นักกฎหมายไทย ได้แก่ท่านอาจารย์บรรศักดิ์ อูวรรณโณและท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีแนวความคิดในเรื่องเหล่านี้ ดังนี้

## 2.1 ความหมายของคำว่า "สัญญาทางปกครอง" และ "สัญญาของฝ่าย - ปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน"

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยนั้น เราเรียกว่า สัญญาของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่า ตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกันหรือถ้าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง

สัญญาประเภทแรกเรียกว่า "สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน" ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา

สัญญาประเภทที่สองเรียกว่า "สัญญาทางปกครอง" ซึ่งจะต้องมีระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ ต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา<sup>(๑)</sup>

สัญญาทางปกครองจึงเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เพื่อประโยชน์สาธารณะ ลักษณะของสัญญาทางปกครองและผลของสัญญาดังกล่าวจึง แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน ซึ่งศาลปกครองจะไม่ใช้หลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชนบังคับ แต่จะสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นใช้ กับสัญญาประเภทนี้ โดยให้มีดุลยภาพ ระหว่างประโยชน์สาธารณะ กับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ในสภาวะที่พอเหมาะ

## 2.2 เกณฑ์ในการวินิจฉัยทำสัญญาใดเป็น "สัญญาทางปกครอง" หรือ "สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน"

หลักเกณฑ์นี้เป็นเรื่องที่สำคัญยิ่ง ในเรื่องสัญญาทางปกครอง ของฝรั่งเศสเพราะหากเราวินิจฉัย ได้ว่า สัญญาแต่ละสัญญาที่ทำกันขึ้นมานั้น เป็นสัญญาทางปกครองแล้วผลทางกฎหมายที่สำคัญจะตามมา 2 ประการคือ

- คดีเกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้ จะขึ้นศาลปกครอง
- ศาลจะใช้หลักกฎหมายมหาชนซึ่งต่างจาก หลักกฎหมายแพ่งมาใช้

บังคับ

<sup>(๑)</sup> ชายชัย แสงวงศ์, หนังสือที่อ้างถึงในเชิงอรรถ (2),

ดังนั้น การสามารถพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทั้ง 2 ประเภท จึงได้  
มีความสำคัญในทางปฏิบัติมาก

**: เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง**

การวินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง มี 2 ประการ คือ

2.2.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

2.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

2.2.1 สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย

กล่าวคือ มีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กรณีเช่นนี้มีน้อย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมาย จะระบุโดยอ้อม แต่เพียงว่าสัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งทำให้เข้าใจได้เองว่า ให้นำระบบกฎหมายปกครอง หรือระบบกฎหมายเอกชน แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น แต่มีบางกรณีที่ แม้จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดนั้นอยู่แล้ว หรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชน ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎหมาย กำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง เป็นพิเศษก็ได้ ตัวอย่างได้แก่ <sup>(7)</sup>

- สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาล-  
ปกครอง

<sup>(7)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2),

เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดี ของศาลปกครองที่สำคัญที่สุดได้แก่ สัญญาการโยธาสาธารณะ หรือสัญญาที่นิติบุคคล ตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์, สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน, สัญญาขาย อสังหาริมทรัพย์ของรัฐ รวมถึงสัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ ซึ่ง เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ด้วยการให้เงินหรือวัสดุ, สัญญาให้เช่า หรือให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

- สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม

เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับ การจัดหาเสบียงอาหารของทหาร, สัญญาให้เช่าที่ดินขององค์กรปกครองท้องถิ่น เพื่อเกษตรกรรม เป็นต้น

## 2.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองดูได้จากสภาพของสัญญานั้น อาจถือว่าเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญา ของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนได้<sup>(๑)</sup> โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

<sup>(๑)</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2),

2.2.2.1 เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา คือสัญญาทางปกครอง ต้องมีฝ่ายปกครอง เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ

การใช้ "คุณสมบัติของคู่สัญญา" เป็นเกณฑ์แบ่งออกได้เป็น

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคล-  
มหาชนด้วยกัน

หลักการนี้ถือว่าสัญญาที่ทำขึ้น ระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันแล้ว มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากว่าการดำเนินงานของนิติบุคคลมหาชน ตามปกติย่อมใช้ "วิธีการในการบริหารแบบมหาชน" แต่หลักดังกล่าวไม่ใช้ในกรณี เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้น เพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ก็จะต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับ

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นนิติบุคคลมหาชน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่านิติบุคคลนั้น จะเป็นคู่สัญญาโดยตรง หรือโดยการมีเอกชนเป็นตัวแทน ในการเข้าทำสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นเป็น "นิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน" โดยอาจจะเป็นเพราะสัญญานั้น มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรืออาจเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นหรืออาจเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น

- กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบุคคลเอกชน  
ด้วยกัน

โดยหลักแล้ว มีสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่าง ก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง กล่าวคือสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนทั้งสองฝ่าย ย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนไม่ว่าคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตามไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบตามสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญานั้น จะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการด้านบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม

แต่มีข้อยกเว้นว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชน ซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ ด้านบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าดูเหมือนว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้น เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

ข้อความที่ว่า "เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน" นั้น มีความหมายพิเศษซึ่งมิได้หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาในฐานะที่เป็นตัวแทน หรือผู้รับมอบอำนาจของนิติบุคคลมหาชน เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นคู่สัญญาที่แท้จริง ก็คือตัวการซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน กรณีเช่นนั้น จึงเป็นกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นนิติบุคคลมหาชน (ซึ่งได้มอบให้บุคคลเอกชนทำสัญญาแทนตน) แต่กรณีที่กำลังพิจารณากันอยู่นี้ หมายถึง กรณีที่องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาไป โดยมีได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน แต่เป็นการทำสัญญาแทนที่นิติบุคคลมหาชน แต่ถ้าปรากฏว่า องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญานั้นไปเอง โดยอิสระโดยคำสั่งของตนเอง การทำสัญญานั้นย่อมมิใช่เป็นการทำสัญญา "เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน"

ข้อยกเว้นตามแนวนี้นี้ แต่เดิมจะจำกัดอยู่เฉพาะสัญญาที่ทำการสร้างทางซูปเปอร์ไฮเวย์หรืองานอื่นที่เกี่ยวข้องกันเท่านั้น เช่น ทาง-

รถไฟ คลองขนส่ง โดยมีเหตุผลว่าบริษัทผู้รับสัมปทานได้ทำสัญญาไป "เพื่อประโยชน์ของรัฐ" เพราะการก่อสร้างทางหลวงของชาตินั้น โดยลักษณะ หรือโดยสภาพแล้วย่อมเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแต่เดิมมารัฐเป็นผู้ดำเนินการเอง ต่อมาศาลได้ขยาย ข้อยกเว้นนี้ออกไปใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกัน ระหว่างบริษัทจัดระบบ และพัฒนาที่ดินกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน และใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกัน ระหว่างสถาบันเครดิตฟองซิเอร์แห่งประเทศไทยกับเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งตั้งอยู่ ณ ต่างประเทศเพื่อที่บุคคลนั้นจะได้กลับไปตั้งรกรากอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสได้

ดังนั้น กรณีที่ถือได้ว่า องค์การตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญา เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนสัญญานั้น อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ เสมือนหนึ่งว่ามีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วยแต่จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ต้องดูว่าสัญญานั้น มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่<sup>(๑)</sup>

2.2.2.2 เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา คือจะต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้คือ ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ ( *exécution même du service public* ) หรือข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความ ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก ( *clauses exorbitantes du droit commun* )

- ก. สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ  
กล่าวคือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนกันจะต้อง

<sup>(๑)</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3),

เป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ไม่รวมถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน แต่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย เช่น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเช่าอาคารเอกชน เพื่อมาตั้งที่ทำการไปรษณีย์ หรือสัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง เป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้าง เช่นนี้ ไม่ถือว่าเป็นสัญญาการปกครอง จะต้องเกี่ยวข้องกับขนาดที่วัตถุแห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง (หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินบริการสาธารณะในตัวเอง)

(1) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงได้แก่

- สัญญาให้สัมปทานดำเนินการบริการสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้มีวัตถุแห่งสัญญา เป็นการมอบให้ - เอกชนคู่สัญญามีภาระหน้าที่ ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะอาจเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองหรือบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้

การที่สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็น "สัญญาทางปกครอง" เพราะนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำสัญญาประเภทนี้ได้ หรือนิติบุคคลมหาชนเท่านั้น ที่มีอำนาจเหนือวัตถุแห่งสัญญานี้ตัวอย่างได้แก่ คดีคู่สมรส Bertin<sup>(10)</sup>

<sup>(10)</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3),

มีข้อเท็จจริงว่า หลังจากฝรั่งเศสพ้นจากการยึดครองของทหารเยอรมันใน สงครามโลกครั้งที่ 2 แล้วมีการรวบรวมผู้ลี้ภัยชาวโซเวียตเข้าสู่ศูนย์ส่งตัวกลับบ้านเกิดเมืองนอน ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของ รัฐมนตรีกระทรวงทหาร ผ่านศึกผู้อำนวยการทหารผ่านศึกได้ทำสัญญาว่าจ้างให้คู่สมรส Bertin ทำอาหาร เลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอการส่งกลับประเทศ โดยให้ค่าจ้างวันละ 30 ฟรังก์ ต่อคนต่อวัน ต่อมาผู้อำนวยการศูนย์ได้ขอให้คู่สมรสเพิ่มอาหาร โดยสัญญาว่าจะ ช่วยค่าอาหารเพิ่มขึ้นให้ 7.5 ฟรังก์ต่อคนต่อวัน ครั้งคู่สมรสทำอาหารเพิ่มรัฐ-มนตรีกระทรวงทหารผ่านศึกปฏิเสธไม่จ่ายค่าอาหารที่เพิ่มคู่สมรส ดังกล่าวจึง มาฟ้องสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเรียกต่ออาหารเสริม รัฐมนตรีว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเพราะสัญญานี้เป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ กลับเห็นว่า สัญญานี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการดำเนินการสาธารณะโดยตรง บริการสาธารณะที่วากก็คือ การเลี้ยงดูคนต่างชาติที่อยู่ในดินแดนฝรั่งเศส เพื่อส่ง กลับประเทศสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชน มาดำเนินการดำเนินการสาธารณะนั้นโดยตรงแทนตน หรือคดี Therond <sup>(11)</sup> เป็น สัญญา ระหว่างเมืองมงต์เปอลิเออร์กับนายเต-รง โดยฝ่ายแรกมอบให้ฝ่ายหลัง ดำเนินการดำเนินการสาธารณะทางด้านสุขลักษณะ และความปลอดภัย โดยการจับสุนัข จรจัด และเก็บซากศพของสัตว์

- สัญญาว่าจ้างบุคลากร ให้มีส่วนร่วมในการดำเนินการดำเนินการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรง

<sup>(11)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2),

คือสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ ซึ่งได้รับการว่าจ้าง มีหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะ และมีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นโดยตรง เช่นสัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล, สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา

- สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทำกับผู้ใช้บริการของตน

คือ เป็นสัญญาที่ทำระหว่างฝ่ายปกครอง กับเอกชน ไม่ใช่การให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะเองโดยตรง เพราะฝ่ายปกครองยังดำเนินบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเองอยู่ แต่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนเป็นทางที่ จะทำให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองทำอยู่เสร็จสิ้นไป โดยการทำสัญญานั้นเอง

ตัวอย่างได้แก่ คดีระหว่างรัฐมนตรีกระทรวงเกษตรกรรมกับคู่สมรส Grimouard<sup>(12)</sup> รัฐบัญญัติกำหนดให้รัฐมนตรีมีหน้าที่ ดำเนินบริการสาธารณะปลูกป่าในพื้นที่ของรัฐ และของเอกชนในสถานการณ์ปลูกป่าในที่ดินเอกชนนั้น กฎกระทรวงที่ออกตามความในรัฐบัญญัติได้บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีทำสัญญาให้เอกชนทำการปลูกป่าในที่ดินตนเอง โดยรัฐจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐมนตรีจึงทำสัญญาให้ Grimouard ปลูกป่าในที่ดินของตนเอง การทำสัญญาของรัฐมนตรีเป็นวิธีการดำเนินบริการสาธารณะในตัวเองแล้ว คดีนี้ถือว่าฝ่ายปกครองยังดำเนินบริการสาธารณะปลูกป่าเอง เพียงแต่แทนที่จะใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับให้นาย Grimouard ปลูกป่าในที่ดินของเขา (ซึ่งทำได้) ก็กลับใช้วิธีทำ

(12) บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3),

สัญญาแทนสัญญานี้ จึงเป็นวิธีการดำเนินบริการสาธารณะ ที่สำเร็จเสร็จสิ้นในตัวเอง

(2) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง หรือการทํานุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์

สัญญาประเภทนี้กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมายเป็นเพียงเพราะกฎหมายกำหนดให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น ศาลก็จะวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้วเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา อันได้แก่ การทํางานก่อสร้าง หรือทํานุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ เพื่อสาธารณประโยชน์นั้นมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงาน ในการบริหารแบบมหาชนโดยแท้เพราะในการทํางาน ดังกล่าวหน่วยงานราชการมี "เอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน" ได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลมหาชน ว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทํางานก่อสร้าง หรือทํานุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้ เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน, สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์ จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการเป็นค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน

(3) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญานี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งได้มีการอธิบายว่าแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้สัญญาประเภทนี้ก็เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการบริหารสาธารณสมบัติของ

แผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชนโดยแท้ ได้แก่ สัญญาให้ครอบครอง บริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟ เพื่อจัดตั้ง และดำเนินกิจการร้านอาหารสัญญา ให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาด เพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวเนื่องกับการเล่นน้ำทะเล

ข. สัญญานั้นมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ตามกฎหมาย - เอกชนเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก

การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง และถ้าฝ่ายปกครองไม่ต้องการสละสิทธิพิเศษ ที่มีในอำนาจมหาชนก็เขียนสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิ์เช่นว่านั้นไว้ ซึ่งทำให้ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับแก่สัญญานั้น

- ความหมายของคำว่า "ข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน"

(1) ข้อสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบได้ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน

ถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัย ของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำกันได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญา ซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการละครสัตว์ และโรงมหรสพของเทศบาล ได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของคอมมูนที่จะต้องกำหนดภาษี (ท้องถิ่น) ทางตรงนั้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อนำเงินภาษีนี้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี

ข้อสัญญาประเภทนี้ อาจเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียน

ของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญานั้น ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ<sup>(13)</sup>

(2) สัญญาที่มีลักษณะพิเศษประเภทที่ ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกัน ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ข้อสัญญาประเภทนี้ เป็นข้อสัญญาที่พบกันทางปฏิบัติมากกว่าข้อสัญญาประเภทประเภทแรก โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุม หรือภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลขก็ได้ อาจถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งข้อความลักษณะนี้เป็นข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมาย และอาจทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ถ้านำไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลย หรือข้อความในสัญญาที่ให้คู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนบังคับคดีได้เอง โดยไม่ต้องผ่านศาล กล่าวคือ เมื่อผิดสัญญาแล้วให้ฝ่ายนิติบุคคลมหาชนริบทรัพย์คู่สัญญาเอกชนขายทอดตลาดได้ทันที รวมตลอดถึงข้อความที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ค่อยพบบ่อยนักในกฎหมายเอกชน เพราะปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา การให้อำนาจฝ่ายปกครอง ในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาเป็นพิเศษทุกชั้นตอน หรือฝ่ายปกครองอาจให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่เอกชนด้วยกันเองทำไม่ได้ เช่น การที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนทำทางด้าน และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดในกิจการนั้นแต่ผู้เดียว หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดินของเอกชน แทนฝ่าย-

(13) ชาญชัย แสงศักดิ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2),

ปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดินของเอกชนแทนฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินกิจการของสนามกีฬา สำหรับการแข่งขัน หรือฝึกซ้อม - จักรยาน <sup>(14)</sup> ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้ผู้เช่าจัดกิจกรรมได้อย่างจำกัดภายหลังจากรออนุมัติผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว นอกจากนี้ ยังมีข้อสัญญาให้ฝ่ายปกครองควบคุมสถานะการเงิน (กำไร-ขาดทุน) ของบริษัทอย่างใกล้ชิด ไม่ให้เอากำไรเกินควรและยังให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาเสียเมื่อใดก็ได้ ตามที่เห็นสมควร หรือข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องถือปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ จะต้องจัดให้มีชนิด และความถี่ของการแสดง ในโรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้ และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้คอมมูนได้ใช้ในมหรสพนั้น สำหรับการจัดงานฉลองต่างๆ และการประชุมคอมมูน

- ข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญา ตามกฎหมายเอกชน

1. โดยหลักแล้วสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งหมดทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะ ที่การทำสัญญามุ่งตอบสนอง แต่มีข้อยกเว้นว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ให้บริการของตน โดยมีวัตถุประสงค์ สัญญา เพื่ออนุญาตให้ผู้ให้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ถือว่า สัญญามีวัตถุประสงค์สัญญา ดังกล่าวนี้อาจทำให้สัญญา เช่นว่านี้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ แม้สัญญานั้นจะมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ก็ตาม

<sup>(14)</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3),

2. กรณีที่การกำหนดว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจเลือกที่จะผูกนิติสัมพันธ์ โดยสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ กล่าวคือ ลักษณะของสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

3. ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนดังกล่าวนี้ เพียงข้อเดียวก็เพียงพอ แต่ที่ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ หรือในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนเด่นชัดอยู่แล้ว แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้วก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ <sup>(15)</sup>

4. ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน อาจตกเป็นโมฆะได้เพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ว่าด้วยเรื่องสัญญา หรือขัดต่อกฎหมายมหาชนบางหลักก็ได้ แต่สัญญาที่มีข้อสัญญาดังกล่าวก็ยังคงมีลักษณะเป็น "สัญญาทางปกครอง" อยู่ นั่นเอง จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้น ตลอดจนตัวสัญญานั้นเองเป็นโมฆะหรือไม่ <sup>(16)</sup>

นอกจากข้อความในสัญญาดังกล่าวแล้ว ศาลยังอาจใช้ตีบทกฎหมาย ทั้งปวงอันเป็นที่มาของสัญญานั้นมาประกอบการวินิจฉัยด้วยว่า สัญญาดังกล่าว มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ แม้ในสัญญาจะไม่มี

<sup>(15)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2), หน้า 186

<sup>(16)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2), หน้า 190

ข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ถ้าดูจากกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้นๆ ทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองประกอบแล้วทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายประสงค์ให้สัญญาและผลของสัญญาต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา (régime exorbitant) ได้แก่สัญญาที่ทำกันระหว่างการไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกขอซื้อกระแสไฟฟ้าที่คู่สัญญาฝ่ายหลังผลิตได้ เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อบังคับว่าถ้ามีปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายกระแสไฟฟ้าโดยการไฟฟ้าให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการไฟฟ้าวินิจฉัยโดยต้องฟังความเห็นของสภาการไฟฟ้าและแก๊สก่อน ทำให้เข้าใจได้ว่าสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาที่มีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งๆ ที่ข้อความในสัญญาจริงๆ ไม่ต่างกับสัญญาซื้อขายของเอกชนเลย

เห็นได้ว่าคดีนี้ศาลไม่ได้ดูข้อความในสัญญา แต่ดูตัวบทกฎหมายนอกสัญญา ซึ่งเป็นที่มาของ สัญญาแทนว่ากฎหมายประสงค์จะให้สัญญานั้น เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดา <sup>(17)</sup>

• เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน

สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน มีเกณฑ์วินิจฉัยดังนี้

<sup>(17)</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3),

1. สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน โดยข้อ -  
กำหนดของกฎหมาย

กล่าวคือ จะมีกฎหมายกำหนดไว้เลยว่าสัญญาบางประเภท  
ให้ฝ่ายปกครองทำเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือกำหนดไว้ โดยอ้อมว่า คดีเกี่ยวกับ  
สัญญานั้นๆ ให้ขึ้นศาลยุติธรรม เช่นสัญญาที่หน่วยทหารทั้งหลายทำกับเอกชน

2. สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนอื่นๆ

ใช้เกณฑ์ในการพิจารณา ถึงข้อความในสัญญา กับพิจารณา  
ลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองดำเนินอยู่

2.1 หลักเกณฑ์ในเรื่องข้อความในสัญญา

ต้องดูเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นการให้เอกชนดำเนินบริ -  
การสาธารณะ โดยตรง และข้อความในสัญญาไม่มีข้อความที่แสดง เอกสิทธิ์ทาง  
อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครอง ถือว่าประสงค์เลือกใช้สัญญาทางแพ่ง แต่ถ้า  
สัญญานั้นให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง แม้จะใส่ข้อความให้ขึ้นศาล  
ยุติธรรม หรือให้ถือเป็นสัญญาทางแพ่งก็หาทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาทางแพ่ง  
เพราะโดยสภาพสัญญานั้น เป็นสัญญาทางปกครองที่ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับ  
เช่นสัญญาซื้อหินแกรนิตมาปูถนนไม่ใช่สัญญา ที่มีวัตถุประสงค์ให้เอกชน ดำเนิน  
บริการสาธารณะโดยตรง เพราะฝ่ายปกครองยังทำการปูถนน โดยตนเองเป็น  
การช่วยให้ฝ่ายปกครองได้วัตถุประสงค์ของมาใช้ทำบริการสาธารณะเท่านั้น ถือเป็น  
สัญญาทางแพ่งธรรมดา

2.2 ลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองดำเนินอยู่

ก. สัญญาของหน่วยงานที่ ดำเนินบริการสาธารณะ ทาง  
พาณิชย์กรรม และอุตสาหกรรม (หรือรัฐวิสาหกิจ)

**หอสมุดและศูนย์สนเทศ  
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ**

โดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการสาธารณะที่มีลักษณะต่างกัน 2 ประการ ได้แก่ บริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้กับบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมบริการสาธารณะประเภทแรกนั้น เป็นบริการสาธารณะ ที่มีสภาพเป็นหน้าที่โดยตรง และสำคัญของรัฐ เช่นการรักษาความสงบเรียบร้อย, การต่างประเทศ ส่วนบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ซึ่งเอกชนอาจทำได้ และลักษณะการดำเนินการคล้ายกับกิจกรรมของเอกชน คือ มุ่งเก็บค่าบริการเชิงการค้าให้เลี้ยงตัวได้ โดยไม่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดิน เช่น การขนส่งมวลชน การไฟฟ้า

ผลในทางกฎหมายของข้อแตกต่าง ระหว่างกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการดังกล่าวคือโดยหลักต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับบริการสาธารณะทางปกครอง คดีเกี่ยวกับกิจกรรมนี้ขึ้นศาลปกครอง แต่สำหรับบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับและขึ้นศาลยุติธรรม โดยมีข้อยกเว้นบางประการเกี่ยวกับสัญญาดังนี้

- สัญญาจ้างแรงงาน และความสัมพันธ์ระหว่างบุคลากรธรรมดา กับหน่วยงานที่ดำเนินการสาธารณะนี้ใช้กฎหมายเอกชนบังคับ ยกเว้นพนักงานที่สำคัญและอยู่ระดับสูง เช่น ผู้อำนวยการ หรือสมุหบัญชี ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน

- สัญญาระหว่างหน่วยงานที่ดำเนินการสาธารณะนี้ กับผู้ใช้บริการเป็นสัญญาทางแพ่งเสมอ ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นอย่างไร

- สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองที่ดำเนินการสาธารณะกับเอกชน ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้เอกชนดำเนินการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมโดยตรง หรือมีข้อความที่รับรองเอกสิทธิ์ทางอำนาจมหาชนย่อมเป็นสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น

ข. สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็น  
ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา

เนื่องจากทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดานั้น เป็นทรัพย์สินที่รัฐ  
มีกรรมสิทธิ์เหมือนๆ กับที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในสมบัติของตน จึงใช้กฎหมาย-  
เอกชนบังคับ หลักกฎหมายถือว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเช่า หรือหาประ-  
โยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สิน ของแผ่นดินธรรมดา จึงเป็นสัญญาที่ใช้  
กฎหมายเอกชนบังคับเหมือนกับสัญญาเช่าระหว่างเอกชน

จากที่กล่าวมาข้างต้นอันได้แก่ หลักเกณฑ์ในการแบ่งสัญญา  
ทางปกครองของฝรั่งเศสออกเป็นสัญญาทางปกครอง กับสัญญาของฝ่ายปกครองที่  
เป็นไปกฎหมายเอกชน ซึ่งเห็นว่ามีควมจำเป็น เนื่องจากฝรั่งเศสมีกฎหมาย  
ปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ 2 ประการคือ

1. ฝ่ายปกครองจะไม่อยู่ภายใต้บังคับ ของหลักกฎหมาย-  
เอกชน แต่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายพิเศษ คือ หลักกฎหมายปกครอง

2. ฝ่ายปกครองจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมาย  
ของศาลธรรมดา (ซึ่งหมายถึง ศาลที่มีอำนาจพิพากษาคดีระหว่าง เอกชนกับ  
เอกชน) แต่อยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมายของศาลพิเศษ ซึ่งเรียกว่า  
ศาลปกครอง

แต่เมื่อเราพิจารณาหลักเกณฑ์การแบ่งสัญญาว่า สัญญาใด  
เป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน  
แล้ว จะพบว่า การที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนไม่จำเป็นจะต้องทำ  
ในสัญญาทางปกครองทุกกรณีไป บางครั้ง หน่วยงานของรัฐอาจสละเอกสิทธิ์ใน  
กฎหมายมหาชนลงมาทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชนได้ ถ้าสัญญานั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์  
ประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนดำเนินการให้บริการสาธารณะเองโดยตรง

### บทที่ 3

#### การจัดประเภทสัญญาปกครองฝรั่งเศสโดยทั่วไป

นักกฎหมายไทย ได้มีแนวความคิด ในเรื่องประเภทของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสว่าทางตำราฝรั่งเศส มิได้มีหลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด แต่จะแบ่งกันในทางปฏิบัติที่มีการยึดถือการแบ่งประเภท ตามที่เคยมีมาก่อน ซึ่งแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครอง ออกได้เป็น<sup>(1๘)</sup>

- 3.1 สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ (les marchés publics)
- 3.2 สัญญาสัมปทาน (les concessions)
- 3.3 สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ (les contrats à objets divers)
- 3.4 สัญญาทางเศรษฐกิจ (les contrats économiques)
- 3.5 ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน (les conventions entre personnes publiques)

---

<sup>(1๘)</sup> วิบูลย์ กัมมาระบุตร, "การจัดประเภทของสัญญาทางปกครองโดยทั่วไป". เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรของ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องสัญญาทางปกครอง เสนอที่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 28 กันยายน 2531.

### 3.1 สัญญาเกี่ยวกับพัสดุ

คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาของ ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะหาพัสดุให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยได้รับเงินเป็นการตอบแทน อย่างไรก็ตาม สัญญาว่าด้วยการพัสดุนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอและไม่เป็นไปตามข้อตกลง

แม้สัญญาเกี่ยวกับพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองที่สำคัญ แต่ก็ใช่ว่าทุกสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุจะต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป การที่จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องมีเงื่อนไขเฉพาะ กล่าวคือ

ก. สัญญานั้นจะต้องมีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา

ข. สัญญาเป็นไปตามที่กฎหมาย หรือคำพิพากษาได้วางหลักไว้ ซึ่งตัวอย่างของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครองคือ สัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะ

และแม้ว่าสัญญาต่างๆที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการพัสดุแล้ว จะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดหาของการไฟฟ้า และก๊าซแห่งประเทศไทย เป็นต้น ทั้งนี้เพราะเป็นไปตามหลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง คือ เรื่องของการบริการสาธารณะ และเงื่อนไขที่เป็นข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

ธรรมดาแล้ว การพัสดุจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาที่รับหน้าที่จัดสร้างจัดหาทรัพย์สินหรือการบริการให้กับฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยนัยนี้ เอกชนจะไม่ได้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ หรือดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการพัสดุด้านบริการก็มีกรณีมีคู่สัญญาอาจได้รับการมอบ-

หมายให้ดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเองหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการ ซึ่งถือได้ว่าสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับข้อสัญญา ที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมาย เอกชนนั้น มักจะมีบทบาทในสัญญาว่าด้วยการพัสดุ เพราะสัญญาว่าด้วยการพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองก็โดยการอ้างอิงไปถึง บันทึกเงื่อนไขทางปกครอง (cahier des charges) ซึ่งเป็นการเพียงพอแล้วที่ ทำให้มีลักษณะเงื่อนไขที่หนักกว่าในสัญญาทางแพ่ง (ท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ เรียกบันทึกเงื่อนไขทางปกครองนี้ว่า "เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน")

### 3.2 สัญญาสัมปทาน

ในทางกฎหมายปกครองนั้น ถ้าเรารวบรวมนิติกรรมที่ใช้ชื่อว่า สัมปทานเข้ามารวมกันทั้งหมด ก็จะไม่สามารถหาคำจำกัดความที่มีลักษณะทั่วไปของคำว่า "สัมปทาน" ได้เลยเพราะลักษณะของสัญญาที่ใช้ชื่อว่าสัมปทานมีความหลากหลายทั้งในรูปแบบและวัตถุประสงค์

ดังนั้นจึงมีการศึกษาสัญญาที่ใช้ชื่อว่าสัมปทานเป็นการเฉพาะ และที่สำคัญ เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งนับได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองที่สำคัญที่สุด

สัมปทานบริการสาธารณะ คือ สัญญาซึ่งนิติบุคคลมหาชนมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด ดำเนินการบริการสาธารณะ โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนอันกำหนดจากผลทางการเงินของการดำเนินงาน

### ลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

แม้สัญญาสัมปทานจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ก็ใช้ว่าจะเหมือนกับสัญญาทางปกครองชนิดอื่น ซึ่งเราจะได้ศึกษาถึงลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทาน โดยจะเป็นเรื่องของลักษณะทางกฎหมายของสัญญา ที่แตกต่างไปจากสัญญาทางปกครองอื่น (๑๐)

ก. เอกสารข้อตกลงระหว่างผู้ให้สัมปทานกับผู้รับสัมปทาน

แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยหลักแล้วสัญญาสัมปทานจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอ เอกสารเหล่านี้คือ

1. ข้อตกลงของสัญญาสัมปทาน เอกสารนี้ ได้แก่ สัญญาทางแพ่งธรรมดาซึ่งผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานได้ก่อนนิติสัมพันธ์ โดยปกติแล้วจะสั้นมาก และจะกำหนดถึงสิ่งที่ผูกพันคู่สัญญา และรายละเอียดของข้อตกลง ระหว่างผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทาน

2. บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครอง (cahier des charges) จะอยู่ต่อท้ายด้วยสัญญาที่ตกลงกันระหว่างผู้รับสัมปทานและผู้ให้สัมปทาน บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองนี้เป็นเอกสารที่สำคัญที่สุด และเป็นเอกสารที่ยาวมาก เพราะจะกำหนดถึงวัตถุประสงค์ของสัมปทาน, เงื่อนไขในการปฏิบัติการของสัมปทาน (เงินลงทุน, กำหนดระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติการ, การควบคุม), ระเบียบ - เกี่ยวกับการดำเนินการ (หน้าที่ของผู้รับสัมปทาน, เกี่ยวกับระบบการเงินของสัมปทาน, อัตราค่าบริการ, ระบบบัญชีรายรับรายจ่าย), อายุสัญญา

บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครอง ที่ต่อท้ายสัญญานี้ จะเรียกว่า "บันทึกลง-

(๑๐) วิบูลย์ กัมมาระบุตร, "สัมปทานบริการสาธารณะ" เอกสารโครงการอบรมนิติกร หลักสูตรสัญญาทางปกครอง เสนอที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2531

เงื่อนไข ทางปกครองเฉพาะ" บันทึกนี้ทำขึ้น โดยนำข้อกำหนดบันทึกเงื่อนไข ทางปกครองแบบอย่าง ที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วนำมากำหนดไว้และ บันทึกเงื่อนไขทางปกครองเฉพาะของสัมปทานสามารถมีข้อยกเว้น หรือเปลี่ยนแปลงไปจากบันทึกเงื่อนไขทางปกครองแบบอย่างได้ แต่ข้อยกเว้น หรือการเปลี่ยนแปลงนี้ จะต้องได้รับการอนุมัติที่เป็นไป ตามข้อบังคับเฉพาะของความ สามารถและวิธีการ

## ข. ลักษณะทางกฎหมาย ของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

1. ลักษณะทางกฎหมายของ บันทึกเงื่อนไขทางปกครองแบบอย่าง บันทึกนี้เกิดจากนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพอย่าง กว้างขวางที่จะกำหนดเงื่อนไขเหล่านี้และศาลปกครองได้เคยตัดสินว่า บันทึก เงื่อนไขทางปกครองแบบอย่างสามารถประกอบด้วยข้อกำหนดที่กำหนดผลประ - โยชน์ที่ผู้รับสัมปทานจะได้รับจากผู้ให้สัมปทาน เช่น การให้หลักประกันด้าน - การเงิน, ระยะเวลาของอายุสัญญา และอีกประเภทหนึ่ง จะมีลักษณะเป็นกฎ ข้อบังคับ (นิติกรรมฝ่ายเดียว) ซึ่งได้แก่ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับ การจัดองค์การ และการดำเนินบริการสาธารณะที่ได้สัมปทานเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริการ และความปลอดภัย, ค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการ

### สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ

- ผู้รับสัมปทานต้องจัดทำบริการสาธารณะ ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ในสัมปทานด้วยความสม่ำเสมอเป็นนิตย์ เพราะบริการสาธารณะต้องทำ โดย สม่ำเสมอ เพื่อประโยชน์ของประชาชน

- ผู้รับสัมปทานต้องปฏิบัติตามสัมปทานด้วยตนเอง จะโอนกิจการ ที่ได้รับสัมปทานให้แก่ผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครอง ผู้ให้สัมปทาน

ไม่ได้ เพราะการที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานบริการสาธารณะแก่ผู้ใดนั้น ย่อมจะเลือกเฟ้นตัวบุคคลผู้รับสัมปทาน ว่าเป็นผู้มีทุน และมีความสามารถที่จะจัดทำบริการสาธารณะนั้นได้ดี ถึงแม้ว่าในกรณีที่ผู้รับสัมปทานถึงแก่ความตาย การที่ผู้รับมรดกจะเข้าดำเนินกิจการแทนต่อไป ต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานเสียก่อน

- ผู้รับสัมปทาน ไม่มีความผูกพันที่จะต้องจัดทำแต่เฉพาะบริการสาธารณะ ที่ได้รับสัมปทานเป็นอาชีพแต่อย่างเดียว แต่อาจจะประกอบอาชีพอื่นได้ด้วย

- ผู้รับสัมปทานได้รับมอบอำนาจที่จะเรียกเก็บค่าทดแทนค่าบริการจากประชาชนผู้ได้รับผลประโยชน์เพื่อชดใช้ค่าใช้จ่ายเงินทุน และเพื่อเป็นกำไรในกิจการที่จัดทำให้ตามเงื่อนไขนอกจากนี้ ผู้รับสัมปทานอาจได้รับเงินอุดหนุนเงินกู้หรือสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินของรัฐบางอย่างด้วย และบางครั้งอาจมีฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานก็ยอมให้ค้ำประกันว่า จะไม่ให้สัมปทานแก่ผู้อื่นในกิจการประเภทเดียวกัน และในเขตเดียวกันระหว่างอายุสัมปทาน

#### การควบคุมผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ

- ให้เจ้าหน้าที่เข้าตรวจควบคุมตรวจตรากิจการที่ให้สัมปทาน ซึ่งผู้รับสัมปทานต้องให้ความสะดวกและปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ซึ่งสั่งโดยชอบด้วยกฎหมาย

- ให้ผู้รับสัมปทาน เสนอรายงานแสดงกิจการที่ได้ทำไปตามระยะเวลาที่กำหนดให้พร้อมทั้งแสดงงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุน เพื่อฝ่ายปกครองจะได้พิจารณาว่า ฐานะของกิจการของการให้สัมปทานนั้นมั่นคงเพียงใด และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้หรือไม่

- กำหนดวิธีบังคับต่างๆ ในสัมปทานในเมื่อผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัมปทานในกฎหมาย หรือในกฎข้อบังคับได้แก่ การปรับและการเพิกถอนสัมปทาน การที่ฝ่ายปกครองเข้าควบคุมผู้รับสัมปทานตามธรรมดา ย่อมจะกำหนดไว้ชัดเจนในสัมปทาน แต่ถึงแม้ไม่มีข้อกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจเข้าควบคุมได้ โดยอาศัยอำนาจกฎหมาย และหลักที่ว่า บริการสาธารณะต้องอยู่ในความควบคุม หรือในการอำนวยการของฝ่ายปกครอง และในกรณีเกิดเหตุคับขันอันกระทบกระเทือน ถึงความปลอดภัยของประเทศ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจเข้าครอบครองที่ให้สัมปทานทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของฝ่ายปกครองจะสั่งให้หยุดกิจการทั้งหมด หรือบางส่วนก็ได้ เพื่อความปลอดภัยของประเทศ

#### การสิ้นสุดของสัมปทานบริการสาธารณะ

- สิ้นสุดโดยอายุสัมปทานเมื่อครบกำหนดระยะเวลาแล้ว สัมปทานก็เป็นอันระงับแต่อาจมีการต่ออายุสัมปทานได้อีก ถ้าฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานเห็นเป็นการสมควร

- สิ้นสุดโดยการเพิกถอนสัมปทาน ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานทำผิดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่บังคับไว้ในสัมปทาน หรือในกฎหมาย ฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนสัญญาสัมปทานได้ก่อนสิ้นสัญญา

- สิ้นสุดโดยการถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อ กรณีเช่นนี้ ผู้รับสัมปทานมิได้ทำผิดสัมปทานประการใด แต่ฝ่ายปกครองพิจารณาเห็นว่า เป็นการสมควรที่จะเข้าทำกิจการที่ให้สัมปทานนั้นเองก็อาจถอนคืนสัมปทานเสียได้ด้วย การขอซื้อกิจการโดยแจ้งล่วงหน้าให้ผู้รับสัมปทานทราบกำหนดเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัมปทาน หรือถ้ามิได้กำหนดเวลาไว้ฝ่ายปกครอง ก็อาจกำหนดระยะเวลาให้ตามสมควร การถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อนี้ ฝ่ายปกครองย่อมทำได้แม้จะไม่ได้ระบุ

ในสัมปทานโดยตรงก็ตาม

### 3.3 สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต่างๆ

สัญญาเหล่านี้ได้แก่

- ก. สัญญาซื้อและขาย
- ข. สัญญาเช่า
- ค. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ทางการเงิน
- ง. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ทางด้านสังคม

#### ก. สัญญาซื้อและขาย

ตามธรรมดาแล้ว สัญญาซื้อและขายที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายปกครอง มักจะไม่ค่อยมีลักษณะพิเศษต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง จะเห็นได้จากหลักการของสัญญา

#### - สัญญาซื้อของฝ่ายปกครอง

สัญญาซื้อที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นสังหาริมทรัพย์ ก่อให้เกิดสัญญาจัดหาพัสดุซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง

การซื้อสังหาริมทรัพย์นี้ จะเป็นการปรับใช้ตามหลักเกณฑ์ทั่วไป กล่าวคือ ถ้าข้อสัญญาไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน จะเป็นสัญญาทางแพ่งทั่วไป เมื่อมีข้อพิพาทกันก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรม แต่ถ้าสัญญาซื้อของฝ่ายปกครองมี ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษๆ ถือเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทจะขึ้นกับศาลปกครอง รวมทั้งกรณีการตีความนิติกรรมซื้อขาย หรือเมื่อเอกชนร้องเรียกค่าเสียหาย กรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามคำมั่นว่าจะซื้อ

- สัญญาขายของฝ่ายปกครอง

ธรรมดาสัญญาขายของฝ่ายปกครองจะเป็นสัญญาทางแพ่ง ประการแรกเพราะการขายนั้นเกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งฝ่ายปกครองได้นำมาใช้ (ยกเว้นจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน) ประการที่สอง การขายทรัพย์สินที่เป็นฝ่ายปกครองได้นั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่ได้เป็นสาธารณสมบัติ ในเรื่องการขายนี้ยังใช้ได้ด้วยกับกรณีทรัพย์สินที่ได้มาจากการเวนคืน

ข. สัญญาเช่า

สัญญาเช่าที่กระทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองนั้น มีอยู่มากมายเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้เช่า กับสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่า

1. สัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้เช่า

ในกรณีการเช่าโดยฝ่ายปกครองนั้น เกิดขึ้นได้จากการเช่าอาคารหรือที่ดิน เพื่อจัดหาที่อยู่ให้พนักงาน หรือเพื่อใช้เป็นสถานที่ทำงานของพนักงานต่างๆ โดยมากมักจะเป็นไปตามลักษณะของสัญญาเช่าทั่วไป เว้นแต่จะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน แม้ว่าสัญญาเช่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการบริการสาธารณะโดยตรงก็ตามถือว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน

2. สัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่า

สัญญาที่ให้มีการครอบครองสาธารณสมบัติของรัฐ จะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอแต่จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครอง ให้เอกชนเช่าทรัพย์สิน

ของแผ่นดินที่มีใช้สาธารณสมบัติ

รูปแบบต่าง ๆ ของสัญญาเช่าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ให้เช่า

สัญญาเช่านี้มีหลายรูปแบบได้แก่

- สัญญาเช่าธรรมดา

เป็นสัญญาให้เช่าเพื่อการอยู่อาศัย หรือเพื่อประกอบอาชีพ หรือเพื่อการพาณิชย์นิติบุคคลมหาชนสามารถทำสัญญาให้เช่าได้ ซึ่งตามปกติจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ยกเว้นจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

- สัญญาเช่าที่ในท้องถิ่น

โดยหลักการแล้ว ถ้ามีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนในสัญญาใดสัญญาหนึ่ง ก็จะทำให้เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง แต่เนื่องการจัดที่ดินในชนบทกำหนดให้การเช่าในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินในท้องถิ่น ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับหรือไม่กับการเกษตรให้ตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับของข้อกำหนดเกี่ยวกับเงินค่าเช่า ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนปรากฏอยู่ในสัญญาเช่าก็ตาม เขตอำนาจศาลในคดีนี้ได้แก่ศาลยุติธรรมที่เป็นเช่นนี้ เพราะเป็นไปตามข้อกำหนดของรัฐบัญญัติที่กำหนดให้ขึ้นกับศาลยุติธรรม

- สัญญาเช่าที่ล่าสัตว์และประมง

เป็นการเข้าสิทธิที่มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ นิติบุคคลมหาชน ยินยอมที่จะเข้าที่สำหรับการล่าสัตว์หรือประมง ในดินแดนที่เป็นส่วนของเอกชน ถ้าไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ก็จะ เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แม้จะเป็นการล่าสัตว์และประมงในดินแดนที่เป็น สาธารณะก็ตาม

ส่วนสถานะทางกฎหมายของสัญญาเช่าธรรมดา มีแนวคิดต่าง ๆ กันมาโดยในสมัยแรกๆ นั้น สัญญาเหล่านี้จะได้รับการยอมรับกันว่าเป็นสัญญา- เอกชน ดังนั้น เขตอำนาจทางศาลจึงขึ้นกับศาลยุติธรรม ต่อมาเมื่อมีการนำ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะเกณฑ์ทางด้านข้อสัญญาที่มีลักษณะ พิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน มาใช้สัญญาเหล่านี้ ถ้าปรากฏ ว่ามีข้อสัญญาดังกล่าว ก็จะถูกยกเว้นให้เขตอำนาจศาลปกครอง

### ค. สัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ทางการเงิน

บรรดาสัญญาทั้งหลายที่มีลักษณะร่วมในทางการเงินจะจัดอยู่ ภายใต้อำนาจของข้อสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ทางการเงิน ซึ่งสัญญาที่สำคัญในหัวข้อนี้ได้แก่

#### 1.1 สัญญากู้เงินสาธารณะ

สัญญากู้เงินสาธารณะ คือ การที่นิติบุคคลมหาชนต้องการกู้ เงินจากประชาชนมิได้กู้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะราย วิธีการได้แก่ การออกพันธบัตร

สัญญากู้เงินสาธารณะที่สร้างขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนนั้น ถือว่า เป็นการทำสัญญาโดยรัฐมีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็น สัญญาทางปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้จึงจำเป็นต้องแยกกันระหว่างสัญญาที่กู้โดยรัฐ และสัญญาที่กู้โดยนิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ ซึ่งจะ เป็นสัญญาทางแพ่ง

- สัญญากู้ยืมเงินสาธารณะโดยรัฐ

สัญญากู้ยืมเงินนี้จะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอ เพราะถูกกำหนดโดยกฎหมายแต่โดยความเป็นจริงแล้ว ถ้าเราพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาที่โดยรัฐที่กำหนดโดยกฎหมายจะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเลย

แต่โดยที่ตัวสัญญานั้นเองมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน จึงมีผลทำให้สัญญาที่กู้ยืมนี้เป็นสัญญาทางปกครอง

ดังนั้น เราจึงไม่อาจกล่าวได้ว่า ถ้าเป็นสัญญากู้ยืมสาธารณะโดยรัฐแล้ว จะต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอ เพราะถ้าสัญญาไม่มีข้อความดังกล่าว ซึ่งแตกต่างจากสัญญาที่กู้ยืมทั่วไปและไม่มีลักษณะข้อยกเว้นตามกฎหมายมหาชนก็จะเป็นสัญญาเอกชน

- สัญญากู้ยืมสาธารณะโดยนิติบุคคลอื่นนอกจากรัฐ

นิติบุคคลอื่นนอกจากรัฐ ได้แก่ จังหวัด, เทศบาล, องค์การมหาชนอิสระ

สัญญากู้ยืมสาธารณะโดยนิติบุคคลอื่น นอกจากรัฐจะเป็นสัญญาทางปกครอง ต้องมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ถ้ามีลักษณะในทางการเงินอย่างเดี่ยวแล้วจะเป็นสัญญาเอกชน เพราะสัญญานี้ไม่ได้มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

สำหรับสัญญาค้ำประกันเงินกู้ รัฐหรือนิติบุคคลท้องถิ่นสามารถให้การค้ำประกันเงินกู้แก่เอกชน หรือนิติบุคคลมหาชนอื่นได้ สัญญาค้ำประกันเงินกู้จะถือว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ถ้าไม่มีข้อตามที่ มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อย

พบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

### 1.2 สัญญาให้กู้ยืม

นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะกู้ยืมสาธารณะแล้วนิติบุคคลมหาชนยังสามารถกู้ยืมเงินตามกฎหมายเอกชนได้ แบ่งออกเป็น

#### -สัญญากู้ยืมที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กู้ยืม

สัญญาให้กู้ยืมเงินโดยนิติบุคคลมหาชน จะมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาให้กู้ยืมโดยเอกชน เหตุที่สัญญาให้กู้ยืมนี้จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ มีสาเหตุจากเรื่องข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

อย่างไรก็ตาม การให้ยืมก็มี "วัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ" จะเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างได้แก่ การที่ธนาคารอาคารสงเคราะห์ฝรั่งเศสซึ่งจัดการเพื่อประโยชน์แห่งรัฐให้ชาวฝรั่งเศสที่อพยพกลับคืนจากประเทศตุนีเซียมายังประเทศฝรั่งเศสกู้ยืมเพื่อสร้างบ้าน

### 1.3 สัญญาวางทรัพย์สินไว้เป็นประกัน

ตามธรรมดาสัญญาวางทรัพย์สินไว้เป็นประกันจะเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งสัญญาวางทรัพย์สินไว้เป็นประกันก็คือนั่นอย่างหนึ่งของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ ถ้าลูกหนี้ไม่เป็นที่เชื่อถือของเจ้าหนี้ ดังนั้นจึงเป็นสัญญาที่ให้หลักประกันอย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้โดยลูกหนี้

สัญญาวางทรัพย์สินไว้เป็นประกันจะถูกจัดอยู่ในประเภทสัญญาปกครองหรือไม่นั้นศาลปกครองจะพิจารณาว่า สัญญาดังกล่าวผูกพันอยู่กับสัญญาประธาน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว

สัญญาวางทรัพย์ไว้เป็นประกันจะเป็นสัญญาทางปกครองด้วย และถ้าสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญาวางทรัพย์ไว้เป็นประกันก็จะเป็นสัญญาทางแพ่งด้วย ถ้าหากสัญญาวางทรัพย์ไว้เป็นประกัน ไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

#### 1.4 ข้อตกลงทางการเงิน

เป็นเรื่องของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือ หรือ ส่งเสริมทางการเงินในกิจการบางอย่าง ซึ่งรัฐเห็นควรให้ความช่วยเหลือ ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยเรื่องสิทธิ และเสรีภาพของเทศบาลจังหวัด และภาคได้กำหนดให้เทศบาลสามารถทำข้อตกลงให้ความช่วยเหลือแก่วิสาหกิจต่างๆที่มีปัญหาได้โดยการใช้มาตรการแก้ไขตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลง (convention) และเทศบาลสามารถทำข้อตกลงกับองค์กรสาธารณะของท้องถิ่นอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยวางแนวทางที่เหมาะสม เพื่อจะขึ้นวิสาหกิจโดยถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ถ้าความช่วยเหลือทางการเงินนี้ทำขึ้นโดยมีเงื่อนไขพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

#### ง. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ทางด้านสังคม

ปัจจุบันรัฐเข้าแทรกแซง หรือขยายขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ เกี่ยวกับทางด้านสังคม (โดยเฉพาะทางด้านสาธารณสุขและสังคม) โดยการใช้อุปแบบของสัญญาด้วย

ข้อตกลงที่องค์กรสาธารณะ หรือองค์กรทางด้านประกันสังคม กระทำขึ้น เพื่อดำเนินการในกิจการที่มีลักษณะทางสังคมนั้น มีปรากฏให้เห็นกันหลายรูปแบบ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์และคู่สัญญาด้วย

ตัวอย่างเช่น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาระหว่างบรรดาศูนย์โรงพยาบาลภาค กับคณะแพทยศาสตร์ของ มหาวิทยาลัย เพื่อสร้างศูนย์โรงพยาบาลมหาวิทยาลัย เป็นต้น

ส่วนสภาพทางกฎหมายของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ทางด้านสังคม ก็มีแนวความคิดที่ไม่ตรงกันในบรรดานักกฎหมาย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสัญญาเหล่านี้จะเป็นสัญญาทางแพ่ง ในกรณีที่มีได้มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา ซึ่งเท่ากับขาดหลักเกณฑ์ตามที่ศาลปกครองได้วางหลักไว้ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า อาจถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีลักษณะของข้อตกลงที่มีผลเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป

สภาพทางกฎหมายของข้อตกลงที่มีเนื้อความทางด้านสังคม... ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ทางสังคมต่าง ๆ นั้น ไม่ได้มีสภาพทางกฎหมายเหมือนกันหมด บางอย่างอาจจะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งจะไม่มี การแทรกแซงของนิติบุคคลมหาชน แต่บางอย่างก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ ข้อตกลงแห่งชาติของการประกันสังคม เนื่องจากเป็นลักษณะของการที่ฝ่ายปกครองทำการให้บริการสาธารณะแก่ผู้ได้รับประโยชน์ หรือข้อตกลงที่ลงนามระหว่างรัฐกับสหภาพแห่งชาติ เพื่อการสร้างอาคารสำหรับผู้มีรายได้น้อย เพื่อปรับปรุงที่อยู่อาศัยของคนในสังคมบางประเภท ถือเป็นการให้บริการสาธารณะแล้ว

ดังนั้น เราต้องยอมรับว่าสัญญาที่ทำในกรอบนี้เป็นสัญญาทางปกครอง โดยการใช้ลักษณะพิเศษการบริการสาธารณะ แต่ความรับผิดชอบบุคคลเอกชน ผู้บริหารองค์กรต่อผู้ใช้อำนาจจะต้องเป็นเรื่องสัญญาในทางแพ่ง ถ้าไม่มีการอนุญาตให้องค์กรนั้นมีอำนาจดำเนินการด้านสาธารณะ

### 3.4 สัญญาทางเศรษฐกิจ

#### การพัฒนาของสัญญาเศรษฐกิจ

เหตุผลในการพัฒนาของสัญญาเศรษฐกิจ การพัฒนาการของสัญญาทางเศรษฐกิจเป็นเสมือนเครื่องมือทางการเมืองโดยทั่วไป ไม่ใช่ทางด้านเศรษฐกิจโดยตรง ลักษณะทางการเมืองเหล่านี้ จะมีความผูกพันอยู่กับการค้นหาข้อตกลงของคู่สัญญา (ทางเศรษฐกิจหรือทางสังคม) เพื่อที่จะทำให้เกิดความมั่นใจในประสิทธิภาพของวิสาหกิจต่างๆ หรือเพื่อปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ต่างๆ

ความหลากหลายของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องได้ ก่อให้เกิดการแทรกแซงของฝ่ายปกครองในด้านเศรษฐกิจ อันจะนำผู้เกี่ยวข้องเหล่านี้เข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างโครงการร่วมกันแนวความคิด เช่นนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกำหนดแผนพัฒนาของฝรั่งเศส ซึ่งเกิดขึ้นเสมือนกับผลงานร่วมของกลุ่มพลังต่างๆ ภายในชาติ แนวคิดทางด้านการแทรกแซงของฝ่ายปกครอง ทางด้านเศรษฐกิจก็เช่นกัน เพียงแต่เกิดขึ้นมาในอีกระดับหนึ่ง แนวคิดนี้อยู่บนพื้นฐานที่ว่า แทนที่จะปล่อยให้ผู้มีบทบาทในด้านเศรษฐกิจแต่ละคนต่างคิดต่างทำก็ให้มาร่วมกันคิดร่วมกันทำ ซึ่งก็จะเป็นประโยชน์กว่านั้นก็คือ ให้มีการตกลงร่วมกัน โดยความตกลงร่วมกัน ก็ได้แปรรูปมาเป็นรูปของสัญญาที่มีลักษณะของการแสดงเจตนาหลายฝ่าย

บรรดาฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่กำหนดและดำเนินการทางด้านเศรษฐกิจการเมืองไม่เพียง แต่จะต้องหาเครื่องมือที่จะประสานความแตกต่างของคู่สัญญาทางเศรษฐกิจแต่ยังต้องค้นหาข้อตกลงที่ยอมรับกันได้ รวมทั้งวิธีการที่กำหนดถึงวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ดังนั้น สัญญาทางเศรษฐกิจจึงกลายเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยฝ่ายปกครองด้วย

สัญญาทางเศรษฐกิจนี้ จะก่อให้เกิดหลักประกันแก่ส่วนรวม ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายฝ่ายเดียวจะให้หลักประกันได้ไม่ดีเท่า เพราะในเรื่องเกี่ยวกับราคา ข้อบังคับทางกฎหมายไม่สามารถจะสกัดกั้นการขึ้นราคาได้เลย และโดยทั่วไปในเรื่องของเศรษฐศาสตร์มาตรการที่กำหนดไว้ล่วงหน้าที่สูงเกินไป หรือไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงจะทำให้เศรษฐกิจไม่เจริญหรือกลับตกต่ำลง แต่ถ้ามีการตกลงเจรจากันของผู้ที่เกี่ยวข้องก็ดูจะเป็นแนวทางที่มั่นใจได้ทางหนึ่งอันจะนำมาซึ่งกฎเกณฑ์ที่เหมาะสม และประสิทธิภาพก็จะมีมากกว่า เพราะว่าประกอบไปด้วยการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน ซึ่งคู่กรณีมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติ

สัญญาทางเศรษฐกิจยังเป็นวิถีทางหนึ่ง ที่จะบรรเทาความบกพร่องของแผนงานที่กำหนดไว้ในแผนพัฒนาแต่ไม่มีสภาพบังคับ กรณีเช่น ถ้ามีการวางแผนพัฒนาที่มีแต่เรื่องของการขึ้นค่าเท่านั้น โดยไม่ได้บังคับให้ผู้เกี่ยวข้องทางด้านเศรษฐกิจต้องปฏิบัติตาม

แต่ความสัมพันธ์ตามสัญญาที่เกิดขึ้น ระหว่างนิติบุคคลมหาชนและเอกชน (ทางเศรษฐกิจ) สามารถที่จะบรรลุถึงการบังคับได้ เพราะโดยการยอมให้มีผลประโยชน์บางประการเพื่อที่จะไปสู่เป้าประสงค์ของแผนที่วางไว้ เช่นในเรื่องของการส่งเสริมการลงทุนในกิจการบางประเภท เป็นต้น

อีกทั้งในเรื่องของเศรษฐกิจแล้ว ควรจะต้องมีลักษณะเฉพาะและการดำเนินการเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นสัญญาก็จะเป็นรูปแบบที่จะสามารถปรับตัวเข้ากับสถานการณ์ของแต่ละคนโดยมีผลออกมาเป็นที่พึงพอใจ

โดยเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จึงเห็นได้ว่าจำเป็นต้องมีเรื่องสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้อง

ดังนั้น จะพบว่า มีบรรดาสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติ-  
 การทางด้านเศรษฐกิจโดยตรงที่ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือ แม้ว่าจะเป็นการ-  
 เฉพาะด้าน หรือนำมาใช้โน้มน้า ดังเช่น มีสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแทรกแซง  
 ของบรรดา องค์การมหาชนอิสระที่มีหน้าที่แทรกแซงตลาดการเกษตรและไม่  
 เพียงแต่จะมีการแทรกแซงเท่านั้น ยังมีการให้การจูงใจควบคู่กันไปด้วย เช่น  
 การให้กู้ยืมเงินไปลงทุนในกิจการที่กำหนดไว้

สัญญาทางเศรษฐกิจที่สำคัญ ได้แก่

#### สัญญาการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน

คำจำกัดความอย่างกว้างขวางของการช่วยเหลือ ทางด้านการเงิน  
 คือ เป็นการช่วยเหลือโดยอำนาจสาธารณะ (ราชการ) ให้แก่วิสาหกิจ เพื่อ  
 ช่วยเหลือการเงินแก่กิจการการช่วยเหลือแก่การให้กู้ยืม, การค้าประกัน, การ  
 ประกันภัย เป็นต้น

แต่ในความหมายแคบ ซึ่งจะยึดถือตามแนวในการพิจารณาเรื่องนี้  
 การช่วยเหลือทางการเงิน เป็นเรื่องที่รัฐให้เงินจำนวนหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์ ใน  
 การดำเนินกิจการที่แน่นอน ซึ่งวิธีการให้นั้นก็เรียกชื่อกันหลายอย่าง เช่น เงิน  
 ช่วยเหลือ เงินอุดหนุน เงินตอบแทนพิเศษ แต่ไม่ว่าจะเรียกกันอย่างไรก็ตาม  
 ก็จะเป็นความช่วยเหลือโดยตัวเงินให้แก่รัฐวิสาหกิจ

ระบบการช่วยเหลือทางการเงินนี้บางครั้งก็มีการกำหนดเงื่อนไขลง  
 ไปว่า ผู้จะได้รับการช่วยเหลือต้องมีคุณสมบัติอย่างไร ซึ่งถ้าวิสาหกิจมีคุณสมบัติ  
 ครบก็สามารถร้องขอได้ แต่บางครั้งการพิจารณาให้เงินช่วยเหลือก็ไม่ได้มีการ  
 กำหนดเงื่อนไข เฉพาะของผู้จะรับการช่วยเหลือ แต่อย่างไร ฝ่ายปกครองจะ  
 ตรวจสอบถึงสถานการณ์ และสถานการณ์เฉพาะของวิสาหกิจผู้รับการช่วยเหลือ

แล้วก็ใช้ดุลพินิจของตนวินิจฉัยว่าควรให้ได้ หรือไม่ให้ ดังนั้นเท่ากับว่าบางครั้ง ฝ่ายปกครองก็ใช้อำนาจดุลพินิจได้ แต่บางครั้งก็เป็นเรื่องของอำนาจผูกพัน ซึ่ง ถ้าผู้มาขอมีเงื่อนไขครบตามที่กฎหมายกำหนดฝ่ายปกครองต้องอนุมัติเสมอ

ดังนั้น การจะเกิดสัญญาขึ้นได้หรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับว่าเมื่อฝ่ายปกครอง ได้รับคำร้องขอจากผู้มีคุณสมบัติตามกฎหมาย ถ้าหากเป็นเรื่องของอำนาจผูกพัน ก็จะไม่มีการตกลงเจรจากัน แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองเพียงแต่ดูเอกสารที่ยื่น แล้วก็วินิจฉัยได้เลยว่าจะให้หรือไม่ให้เงินช่วยเหลือ (เพราะครบคุณสมบัติหรือขาดคุณสมบัติ) ซึ่งถือว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ในทางตรงข้ามเมื่อฝ่ายปกครอง มีอำนาจใช้ดุลพินิจก็สามารถจะชักนำไปเกิดการตกลงเจรจากันได้ โดยทั้งสอง ฝ่ายแสดงเจตนาออกมาตั้งนี้สัญญาย่อมเกิดขึ้นได้

### 3.5 ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน

ในปัจจุบันนี้จะพบว่า การทำสัญญาทางปกครองต่างๆ มิได้มี แต่เฉพาะคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับเอกชนเท่านั้น บางครั้งองค์กรของรัฐก็ ดำเนินการเพื่อประโยชน์ขององค์กรนั้น ๆ เอง เช่น การหารายได้มาดำเนินการ พัฒนากิจการขององค์กรเห็นได้จากความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรประกันสังคม ระดับจังหวัดกับผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ต่างๆ หน้าที่ของแต่ละฝ่ายอัตรา ค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการที่ผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวจะเรียกเก็บจากคนไข้ ซึ่งนำมาขอเบิกจากองค์กรประกันสังคมได้นั้น ให้เป็นไปตามข้อตกลงระดับชาติ (ที่มีฐานะเป็น "องค์กรมหาชน") ทำข้อตกลงกับองค์กร หรือสถาบันตัวแทนของ ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ต่างๆ ซึ่งเป็นสถาบันตัวแทนที่สำคัญที่สุด และเป็นตัวแทนผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวทั้งหมด (ไม่ว่าจะเป็นสมาชิกขององค์กร หรือสถาบันตัวแทนที่ทำข้อตกลงดังกล่าวด้วย หรือไม่ก็ตาม) เว้นแต่ผู้ประกอบ วิชาชีพทางการแพทย์ที่ได้แจ้งให้องค์กรประกันสังคมว่าตนไม่ขออยู่ภายใต้ ข้อ ตกลงดังกล่าวหรือผู้ซึ่งถูกองค์กรประกันสังคมขีดชื่อออก เนื่องจากได้ฝ่าฝืนข้อ-

ตกลงดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยว่าข้อตกลงนี้เป็นสัญญาทางปกครอง

หลายปีที่ผ่านมา ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชนได้รับการพัฒนาอย่างมาก มีกฎเกณฑ์ต่างๆเกิดขึ้น ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของสัญญาที่ทำอยู่ปกติ การทำสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชน ไม่ได้เป็นเรื่องใหม่ และไม่ได้กระทบกระเทือนกับทฤษฎีที่ถูกใช้มานานแต่อย่างไร ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน ถือเป็นการพัฒนาของสัญญาอย่างหนึ่งในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรท้องถิ่น เนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าวเป็นที่น่าสนใจซึ่งอาจจะแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่แจ่มแจ้งประเภทต่างๆ ของข้อตกลงที่ทำโดยนิติบุคคลมหาชน เราอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 หัวข้อคือ (๑๐)

ก. หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็นข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน

ในปัจจุบันได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลง ระหว่างนิติบุคคลมหาชนต่างๆ เพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะข้อตกลง ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐและองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นในเรื่องการกำหนดนโยบาย การจัดเขตการปกครอง ผังเมืองการป้องกันสิ่งแวดล้อม หรือการเพิ่มหรือลดจำนวนตำแหน่ง เป็นต้น โดยปกติการทำข้อตกลงดังกล่าวมักจะไม่ค่อยมีปัญหาโต้แย้งเกิดขึ้น เพราะมีการกำหนดรูปแบบการทำข้อตกลงไว้โดยชัดเจน อีกทั้งการที่นิติบุคคลมหาชนสองแห่งมาทำข้อตกลงกัน ก็ไม่ทำให้ลักษณะความสัมพันธ์ที่มีต่อกันในฐานะ ผู้เข้าร่วมทำ

(๑๐) รังสิกร อุปพงศ์ , "ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน" เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องสัญญาทางปกครอง เสนอที่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 28 กันยายน 2531.

สัญญาเปลี่ยนไป ด้วยเหตุนี้แม้นิติบุคคลมหาชนจะแตกต่างจากนิติบุคคลเอกชนก็มิได้หมายความว่า เราจะไม่สามารถนำหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำสัญญาและผลของสัญญาทางแพ่งมาใช้กับการทำข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน

เราสามารถแยกการพิจารณาออกเป็น 2 หัวข้อย่อย ดังต่อไปนี้ คือ

### 1. ปัญหาว่า ข้อตกลงอย่างใดเป็นประเภทหนึ่งของสัญญา

โดยหลักทั่วไปแล้ว แม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่เราก็ไม่ตอบปฏิเสธความมีอยู่ของวิธีการเข้าทำสัญญาได้ แต่กระนั้นในการทำข้อตกลงบางประการได้ก่อให้เกิดปัญหาทางทฤษฎี เช่นสัญญาการจัดผังเมืองขนาดกลาง สัญญาเกี่ยวกับการกำหนดโครงการต่างๆ ที่รัฐทำกับวิสาหกิจมหาชน เป็นต้น ซึ่งนักกฎหมายมหาชน มีความเห็นแยกเป็น 3 ฝ่าย

ฝ่ายแรก พยายามเลี้ยงที่จะนำแนวคิดเรื่องสัญญามาใช้ โดยอ้างว่าเนื้อหาของข้อตกลงที่ทำนั้นไม่มีแบบเป็นการทำสัญญา เช่น การกระทำบางอย่างเป็นผลมาจากการทำข้อตกลงกัน หรือเป็นผลมาจากการแสดงเจตนาร่วมกัน จึงไม่ควรที่จะถือว่าเป็นการทำสัญญา ในเมื่อไม่ปรากฏสถานะทางกฎหมายที่แน่ชัดของข้อตกลงทั้งสองฝ่าย หรือในขณะที่ทำข้อตกลงนั้น ไม่ปรากฏความสัมพันธ์ในฐานะเจ้าหนี้ โดยเฉพาะ แต่มีลักษณะของการกระทำร่วมกันมากกว่า ที่จะสัญญาประเภทหนึ่ง

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ข้อตกลงระหว่างรัฐกับองค์กร บริหารส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชนอิสระอื่นๆ มีลักษณะเป็นการทำสัญญา เช่น สัญญาเกี่ยวกับแผนงานที่จะปฏิบัติ ก็คือการประกาศเจตนารมณ์ของคู่สัญญา เป็นการกำหนดความผูกพันที่มีต่อกัน หรือเป็นเอกสารที่ปรากฏค้ำมั่นสัญญาของทั้งสองฝ่าย ด้วยเหตุนี้จึงเป็นสัญญาประเภทหนึ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

ฝ่ายที่สาม เสนอเรื่อง "การกระทำผสม" คือเป็นการปะปนกันระหว่างรูปแบบของสัญญา กับเนื้อหาของสัญญาที่มีผลเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ที่ว่าเป็น รูปแบบของสัญญานั้นเป็นการพิจารณาในแง่จิตวิทยาหรือในทางยุทธศาสตร์ แต่ข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายไม่ได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กันแต่อย่างใด

ส่วนที่ว่าเนื้อหาของสัญญามีผลเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น ก็ไม่ใช่เป็นเพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนแต่เป็นเพราะโดยสภาพของกิจการ ที่ทำหรือวัตถุประสงค์บังคับใช้ทั่วไป ซึ่งอันที่จริงข้อตกลงของทั้งสองฝ่าย ดังกล่าวนี้อาจเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ และถือเป็น "สัญญาของอำนาจ" ประเภทหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม แม้การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในข้อตกลงตามแนวความคิดที่สามนี้นักกฎหมายบางท่านจะถือว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง แต่ก็มีผู้โต้แย้ง โดยยกตัวอย่างกรณีข้อตกลงที่เกี่ยวกับการดำเนินการของศูนย์โรงพยาบาลและมหาวิทยาลัย เนื่องจากการทำข้อตกลงระหว่างศูนย์โรงพยาบาล และมหาวิทยาลัยจำเป็นต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อกำหนดโครงสร้างขององค์กร ในการให้บริการสาธารณะเช่นเดียวกับกรณีของมหาวิทยาลัยต่างๆ ที่จะต้องร่วมกันกำหนดข้อตกลงในการก่อตั้งหน่วยงานร่วมหรือองค์กรร่วมระหว่างมหาวิทยาลัย ซึ่งโดยลักษณะการกระทำร่วมกันก็คือ การทำข้อตกลง ไม่ใช่เป็นการทำสัญญากัน ข้อตกลงนี้มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับโดยทั่วไปดังนั้น บุคคลภายนอกจึงมีสิทธิยกขึ้นอ้างหรือใช้โต้แย้งในศาลปกครองได้

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า ภายในข้อตกลงเหล่านี้ยังปรากฏข้อแตกต่างกันอยู่เพราะข้อตกลงบางอย่างอาจจะถือว่าเป็นสัญญา แต่ข้อตกลงบางประเภทที่มีลักษณะเป็นข้อบังคับทั่วไป เช่นที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบการบริการสาธารณะหรือการจัดแบ่งอำนาจระหว่างนิติบุคคลมหาชน หรือการจัดระเบียบการปกครอง

ดินแดน เป็นต้น ไม่ถือว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง

## 2. ปัญหาสภาพของสัญญา

โดยหลักแล้ว ถือว่า ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชนมีสภาพทางกฎหมายเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง เนื่องจากคู่สัญญาต่างก็เป็นองค์กรนิติบุคคลมหาชน และรัฐให้เงินอุดหนุนและช่วยเหลือ ทางด้านเทคนิคและผู้เชี่ยวชาญ นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของสัญญายังเป็นการจัดระเบียบการบริหารการสาธารณะ หรือจัดระเบียบขององค์กรหรือ กำหนดอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานขององค์กรคู่สัญญาอีกด้วย ทั้งนี้ แม้ในข้อกำหนดของสัญญาจะมีเพียงบางข้อเท่านั้นที่กล่าวถึงการจัดระเบียบ และการบริหารองค์กร ก็ยังถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่าเราไม่อาจแบ่งแยกหรือกำหนดในสัญญาเป็นข้อๆ ไป แต่จะพิจารณาข้อกำหนด ทั้งหมดพร้อมๆ กัน เพื่อวินิจฉัยว่าสัญญาใด เป็นสัญญาตามกฎหมายมหาชน หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าการที่มีได้มีการกำหนดชื่อหัวข้อว่า "สัญญา" (contrat) แต่ใช้คำว่า "ข้อตกลง" (convention) คงเนื่องมาจากความไม่แน่นอนในการกำหนด ข้อตกลงในสัญญา เพราะการจะบอกได้ว่าข้อตกลงหนึ่งๆ เป็นสัญญาหรือไม่นั้น คงจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของข้อตกลงแต่ละอย่างเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งแม้ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสเอง ก็ยังมีปัญหาในการที่จะชี้ชัดลงไปว่าข้อตกลงใด เป็นสัญญาหรือไม่ นักกฎหมายเอกชนฝรั่งเศสเห็นว่า "ข้อตกลง" แตกต่างจาก "สัญญา" ในแง่ที่ข้อตกลงมีนัยความหมายกว้างกว่า เพราะอาจมีวัตถุประสงค์หลายประเภทแตกต่างกัน เช่นเป็นการโอน เปลี่ยนแปลง หรือระงับข้อบังคับ หรือก่อให้เกิดสิทธิ หรือโอนสิทธิ แต่สัญญามีเพียงวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดข้อบังคับเท่านั้น<sup>(20)</sup>

<sup>(20)</sup> รังสิกร อุปพงษ์ , หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (19)

## ข. ประเภทของข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน

ข้อตกลงบางประเภท มีรูปแบบทั่วไปคล้ายกับการทำสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับนิติบุคคลเอกชน แต่ข้อตกลงบางประเภทมีวัตถุประสงค์และวิธีการเพื่อบรรลุเป้าหมาย โดยเฉพาะแตกต่างจากรูปแบบทั่วไป ซึ่งแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

### 1. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ตามแบบนิยมดั้งเดิม

ได้แก่ รูปแบบของสัญญาที่ใช้กันโดยทั่วไป ในการทำสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ซึ่งบางครั้งกฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้เลือกรูปแบบของสัญญาดังกล่าวมาใช้ระหว่างนิติบุคคลมหาชน ตัวอย่างเช่น

#### : สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์

ระหว่างนิติบุคคลมหาชนมีประมวลกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์บัญญัติเปิดช่องให้ทั้งนิติบุคคลเอกชนและนิติบุคคลมหาชน สามารถนำที่ดินที่ถูกเวนคืนไปทำประโยชน์ได้ ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งข้อกำหนดต่อท้ายสัญญา เช่น ข้อกำหนดที่ว่าอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนนั้นจะต้องถูกนำไปใช้เพื่อการก่อสร้างที่พักอาศัย หรือเพื่อการอุตสาหกรรมหรือเพื่อก่อสร้างสวนสาธารณะหรือก่อสร้างสนามกีฬา เป็นต้น

สัญญาประเภทนี้อาจจะเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ หากไม่ปรากฏข้อความพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน และหากไม่ปรากฏว่าการโอนอสังหาริมทรัพย์ให้ไปทำประโยชน์นั้น มีลักษณะที่เอกชนนำทรัพย์สินของตนเองมาร่วมในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของนิติบุคคลมหาชน โดยนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ดำเนินการ

#### : สัญญาเช่า

เหมือนกับกรณีของสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์เช่นกัน กล่าวคือ

นิติบุคคลมหาชนหนึ่ง อาจให้นิติบุคคลมหาชนอื่นเช่าทรัพย์สินที่เป็นของนิติบุคคลมหาชน  
 นั้นเอง ได้ซึ่งถ้าหากสัญญาที่ทำต่อกันไม่ปรากฏข้อความพิเศษ ที่ไม่ค้ำยพบได้ใน  
 สัญญาตามกฎหมายเอกชนแล้ว จะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง

: สัญญาจัดหาอุปกรณ์และวัสดุสิ่งของ และสัญญาการให้บริการ  
 บางประเภท

การส่งกระแสไฟฟ้าระหว่างนิติบุคคลมหาชนอิสระผู้ผลิตกระแสไฟฟ้ากับนิติบุคคลมหาชน  
 อื่นซึ่งในกฎหมายฝรั่ง เศรษฐีว่านิติบุคคลมหาชนคู่สัญญา  
 นั้นเป็นผู้ให้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และการพาณิชย์จึงเป็นสัญญา  
 ที่ต้องบังคับตามหลักกฎหมายแพ่ง

: ข้อตกลงเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินหรือภาระหน้าที่  
 เกิดจากการเปลี่ยนแปลงเขตการปกครอง ซึ่งจำเป็นที่จะ  
 ต้องมีการแบ่งทรัพย์สินกันระหว่างองค์กรที่รับผิดชอบ เขตการปกครองที่จัดแบ่ง  
 ใหม่ นั้น เช่นกรณีเทศบาลสองแห่งเป็นเจ้าของสุสานฝังศพร่วมกัน หรือกรณีเทศ  
 บาลสองแห่งให้บริการหน่วยดับเพลิงแห่งเดียวกัน หรือกรณีรัฐทำข้อตกลง  
 กับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ในการก่อตั้งและดูแลรักษาสถาบันการศึกษา และ  
 ร่วมกันออกค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้ หรือแม้ระหว่างเทศบาลหรือระหว่างจังหวัดด้วย  
 กันของก็สามารถเข้าร่วมกันดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อสาธารณประ  
 โยชน์ได้

ทุกวันนี้ เป็นที่ยอมรับกันในระหว่างเทศบาลหรือในระหว่างจังหวัด  
 อาจทำความตกลงเพื่อดูแล หรือรักษางาน หรือสถาบันที่มีประโยชน์ด้านการเงิน  
 ร่วมกันได้และภาคอาจทำข้อตกลงกับรัฐ หรือองค์กรท้องถิ่นอื่นๆ เพื่อกระทำ  
 กิจกรรมในกลุ่มอำนาจด้วยกันได้

: สัญญาระหว่างรัฐกับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นในการดำเนินงานทาง  
 ด้านเทคนิคด้านเศรษฐกิจ-สังคม และการคลัง

เป็นการประสานงานกัน ระหว่างรัฐกับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น เช่นรัฐจัดส่งผู้เชี่ยวชาญ หรือกลุ่มผู้ชำนาญการมาช่วยวางแผน และกำกับดูแลการดำเนินงานก่อสร้าง และบำรุงรักษาทางสาธารณะหรือการจัด การคลังหรือการเศรษฐกิจของท้องถิ่น

รูปแบบที่แพร่หลายจะอยู่ในรูปของ ความร่วมมือทางเทคนิคของรัฐ และองค์กรท้องถิ่นจะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการบริการในด้านวัสดุอุปกรณ์ และผู้ปฏิบัติงานในท้องถิ่น อันได้แก่ การทำข้อตกลงระหว่างสำนักงานป่าไม้แห่งชาติกับองค์การท้องถิ่น เพื่อการบริหารงานป่าไม้

#### : สัญญาสัมปทาน

นิติบุคคลมหาชนอาจมีฐานะเป็นรับสัมปทานจากนิติบุคคลมหาชนอื่นในการดำเนินกิจการบางอย่างได้เช่น E.D.F วิสาหกิจมหาชนผู้ผลิตกระแสไฟฟ้า หรือ G.D.F วิสาหกิจมหาชนผู้ผลิตก๊าซธรรมชาติซึ่งเป็นองค์กรมหาชนอิสระจะต้องได้รับสัมปทาน จากองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น จึงจะดำเนินการใดๆในท้องถิ่นนั้นได้หรือกรณีสหภาพการค้าและการอุตสาหกรรม ซึ่งรัฐบัญญัติกำหนดให้เป็นรับสัมปทานในการใช้ และดูแลรักษาเครื่องมือ เครื่องใช้ต่างๆ ที่ตั้งอยู่ในท่าเรือและท่าอากาศยาน รวมทั้งให้เป็นผู้รับสัมปทานการเดินรถ - โดยสาร การจัดเก็บเงินค่าผ่านทาง ฯลฯ หรือกรณีจังหวัดหรือเทศบาลได้รับจากรัฐให้จัดเก็บผลประโยชน์จากการดูแลรักษาชายหาดทะเล หรือให้องค์การบริหารท้องถิ่นเป็นผู้รับสัมปทาน การก่อสร้างและจัดเก็บผลประโยชน์การใช้ทางด่วน เป็นต้น

#### : สัญญาการมอบฉันทะ

บางครั้งการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระจะดำเนินการโดยหน่วยงานที่เรียกว่า service des domaines (หน่วยงานขึ้นกับกรมสรรพากร) โดยนิติบุคคลมหาชนดังกล่าวไม่จำเป็นต้องดำเนินการเอง เพียงแต่ทำสัญญามอบฉันทะให้หน่วยงานข้างต้นไป

ดำเนินการแทน

: ข้อตกลงเรื่องการจัดการทรัพย์สิน

ได้แก่ ข้อตกลงระหว่างรัฐกับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ในการจัดตั้งองค์กร เพื่อการสงวนรักษาบริเวณที่ริมฝั่งทะเล และที่ริมฝั่งทะเลสาป นอกจากนี้รัฐบัญญัติ ว่าด้วยการคลัง ได้บัญญัติให้มีการทำข้อตกลงกันระหว่างรัฐกับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เพื่อป้องกันรักษา และพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่นโบราณสถานต่างๆ เป็นต้น

## 2. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แบบใหม่

ปัจจุบันนี้รัฐได้นำรูปแบบของสัญญาไปใช้กับการให้บริการ ทางเศรษฐกิจและสังคม วัฒนธรรม การศึกษา การสาธารณสุขและที่เกี่ยวกับการพัสดุ โดยรัฐเข้าเป็นคู่สัญญาอย่างหนึ่งซึ่งถือเป็นนโยบายของรัฐอย่างหนึ่ง สัญญาประเภทนี้แยกออกได้ดังต่อไปนี้ คือ

: สัญญาที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่

กล่าวคือ เป็นสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนที่เกี่ยวกับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการวางโครงการ หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นสัญญาที่รัฐทำกับ E.D.F. ในการจ่ายกระแสไฟฟ้าไปยังหน่วยงานของรัฐในที่ต่างๆ หรือสัญญาที่รัฐทำกับสถานีวิทยุโทรทัศน์ฝรั่งเศส (LEX-O.R.T.F.) โดยทำข้อตกลงมอบหมายให้สถานีวิทยุโทรทัศน์เผยแพร่ภาพและข่าวเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและรัฐให้คำตอบแทน ศาลฎีกาได้พิพากษาว่าวัตถุประสงค์ ในการทำข้อตกลงระหว่างรัฐมนตรีว่า การกระทรวงการคลัง และสถานีวิทยุโทรทัศน์ฝรั่งเศสดังกล่าว ซึ่งกฎหมาย(ว่าด้วยสถานีวิทยุโทรทัศน์) อนุญาตให้ทำได้ เป็นกรณีรัฐเข้าแทรกแซง ทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยอาศัยเครื่องมือที่รัฐมีอยู่ เพื่อการบริการสาธารณะทำให้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็น

## สัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง

นอกจากสัญญาเกี่ยวกับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจแล้วยังมีข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชนอีกประเภทหนึ่งมีวัตถุประสงค์ เพื่อการศึกษาและวัฒนธรรม เช่นข้อตกลงระหว่างสถาบันการศึกษาการปกครองของภาค กับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ เพื่อการพัฒนาความรู้ความสามารถของเจ้าหน้าที่ระดับท้องถิ่น

: สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งสถาบัน

สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อการก่อตั้ง สถาบันกลาง และเพื่อจัดระเบียบภายในองค์การดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการดำเนินงานของศูนย์โรงพยาบาลและมหาวิทยาลัย (C.H.U.) ซึ่งกฎหมายบัญญัติบังคับให้คณะแพทย์หรือสถานพยาบาลต่างๆ ต้องทำข้อตกลงระหว่างกัน เพื่อกำหนดเงื่อนไขการดำเนินงานของ C.H.U.

นอกจากข้อตกลงเกี่ยวกับ C.H.U. แล้ว ยังปรากฏว่ามีข้อตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างมหาวิทยาลัยต่างๆ ข้อตกลงดังกล่าวจะกำหนดเกณฑ์การจัดองค์การ อำนาจหน้าที่ และเงื่อนไขในการบริหารงานร่วมกันการกำหนดแนวทางการศึกษาระดับอุดมศึกษาบัญญัติไว้ชัดเจนว่า สถาบันการศึกษาอุดมศึกษาสามารถทำข้อตกลงความร่วมมือกับองค์กรมหาชนอิสระอื่น หรือองค์กรเอกชนอื่นได้ ในการก่อตั้งหน่วยงานร่วมขึ้น โดยต้องได้รับความยินยอมจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ หน่วยงานร่วมที่ตั้งขึ้นใหม่ ได้แก่ ห้องสมุดระหว่างมหาวิทยาลัย ศูนย์ป้องกันการแพร่เชื้อ หน่วยงานการกีฬา ระหว่างมหาวิทยาลัย เป็นต้น

: สัญญาการจัดเตรียมโครงการร่วมต่างๆ

สัญญาประเภทนี้เป็นข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชนเพื่อกำหนด

โครงการดำเนินงานร่วมกัน โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการพัสดุ และทางด้านสังคม ตัวอย่างเช่น สัญญาการวางแผนงานระหว่างรัฐกับกลุ่มเทศบาลเมือง โดยรัฐให้เงินอุดหนุนจำนวนหนึ่ง ในการจัดหาพัสดุส่วนกลุ่มเทศบาล เมืองก็จะต้องดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายตามข้อสัญญา โดยปกติการดำเนินการของกลุ่มเทศบาล ดังกล่าวจะสอดคล้องกับแผนงานพัฒนาระดับชาติ

นอกจากสัญญาการวางแผนงานแล้ว ยังมีข้อตกลงระหว่างรัฐและองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ทางด้านการให้เงินทุนจัดสร้างที่พัก และซื้อวัสดุ เครื่องใช้ที่จำเป็นประจำวัน (Z.A.C.) ข้อตกลง Z.A.C. นี้จะเป็นการปฏิบัติตามแผนพัฒนาประจำปีของอุปกรณ์สาธารณะในเขตการวางผังเมือง กำหนดหน้าที่รัฐในการให้เงินและอุปกรณ์ร่วมกำหนดหน้าที่และความผูกพันที่จะทำอุปกรณ์ของ Z.A.C. ให้ดี

ข้อตกลงทางด้านการเงินสำหรับการจัดสร้างเมืองใหม่ เป็นกรอบของนโยบายที่เรียกว่า "เมืองใหม่" ในการหมุนเวียนเงินทุน โดยคำนึงถึงองค์กรสาธารณะเพื่อการวางผังเมือง

หรือสัญญาการสร้างเมืองขนาดกลาง มีแนวความคิดพื้นฐาน คือ ต้องทำให้เมืองขนาดกลางเข้มแข็ง โดยมีลักษณะของตัวเองและมีความสมดุลย์ภายในสัญญานี้ จะถูกจัดทำเมื่อที่ปรึกษาของเทศบาลปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญานี้ อันได้แก่ข้อกำหนดในเรื่องเงินอุดหนุน ซึ่งจะถูกกำหนดไว้ล่วงหน้า และจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้

ส่วนทางด้านวัฒนธรรมและสังคม (รวมทั้งการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อม) ก็เช่น รัฐทำข้อตกลงกับเมือง หรือกับจังหวัด หรือกับภาค เพื่อส่งเสริมวัฒนธรรมและสังคมที่แตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่น โดยรัฐให้เงินอุดหนุนและจัดหาวัสดุ เครื่องใช้ที่จำเป็นให้ หรือเช่นสัญญาทางด้านการเงินเกี่ยวกับ โครง-

การช่วยเหลือผู้อพยพเข้าเมือง ซึ่งรัฐทำข้อตกลงกับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เพื่อจัดหาที่พักอาศัย ให้การอบรมทางด้านวิชาชีพ หรือส่งเสริมวัฒนธรรมดั้งเดิมแก่ผู้อพยพหรือตัวอย่างสัญญา เชี่ยวในเขตชุมชนหนาแน่นที่รัฐจัดสรรเงินช่วยเหลือให้กับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมในเขตเมืองโดยปกติสัญญาชนิดนี้ จะสอดคล้องกับสัญญาการจัดสร้างเมืองขนาดกลาง จะเห็นได้ว่าข้อตกลงระหว่างรัฐกับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นประเภทต่างๆ เหล่านี้นับวันจะยิ่งเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากรัฐเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจอันเป็นเสมือนพื้นฐานชีวิตของสังคมเป็นการเข้าแทรกแซง เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่มหาชน ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชนจำเป็นเครื่องมือที่รัฐจะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศได้

จากการที่ได้ศึกษาในเรื่องการจัดประเภทของสัญญาปกครองฝรั่งเศส โดยทั่วไปจะพบว่าได้ใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครอง อันได้แก่ กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง หรือถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงก็ให้ดูหลักในเรื่องคู่สัญญา ซึ่งต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน หรือดูที่เนื้อหาของสาระของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือเป็นข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการสาธารณะหรือไม่มาเป็นหลักในการวินิจฉัยเป็นส่วนใหญ่

ส่วนในเรื่องการพิจารณา แบ่งประเภทของสัญญา ทางปกครองนั้น ปรากฏว่าไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนตายตัวแต่อย่างไร แต่เป็นการแบ่งกันในทางปฏิบัติที่มีการยึดถือการแบ่งประเภทของสัญญาตามที่เคยมีมาก่อนแทน

## บทที่ 4

### ผลของสัญญาทางปกครอง และการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

#### : ผลของสัญญาทางปกครอง

จุดเด่นของผลแห่งสัญญาทางปกครองนั้น กฎหมายฝรั่งเศส ถือว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชน โดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจ แก่ข้อสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มี เป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะเห็นได้จากเรื่องการบังคับและปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเกิดจากแนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ถึงว่าประโยชน์ดังกล่าวจะขัดกับข้อความขัดแย้งแห่งสัญญาก็ตาม

สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายไทย อันได้แก่ท่านอาจารย์บวรศักดิ์ อวรรณโณ มีความเห็นดังนี้<sup>(21)</sup>

#### 4.1 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง-หน้าที่ของเอกชน

เป็นผลมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะ ซึ่งถือว่า โดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญา สิทธิพิเศษนี้อาจมาจากข้อ-

---

<sup>(21)</sup> บวรศักดิ์ อวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3)

สัญญาเองหรือจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ปรากฏทั้งในการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีปกติ และสภาพบังคับกรณีเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ตรงตามสัญญา ซึ่งหลักกฎหมายปกครองที่เพิ่มเติมหน้าที่ของเอกชน นอกเหนือจากข้อสัญญาโดยในเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

#### 4.1.1 เอกสิทธิ์ในกรณีปฏิบัติตามสัญญาปกติ

ปกติเอกชนคู่สัญญาต้องทำตามสัญญาทุกกรณี เว้นแต่จะเกิดเหตุสุดวิสัยที่ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย กรณีเช่นนี้ เมื่อไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใด และจะทำตามสัญญาก็ไม่ได้แล้วสัญญาก็ยกเลิกเอง โดยผลแห่งกฎหมาย นอกจากข้อสัญญาแล้วฝ่ายปกครองยังมีเอกสิทธิ์ต่อไปในหลายๆ ที่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ ได้แก่

(1) ฝ่ายปกครองมีสิทธิกำกับ และ ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิดในทุกสัญญาในสัญญาบางประเภท เช่น สัมปทานการเดินสัญญา สัมปทานทางด่วน ซึ่งให้สิทธิเอกชนเรียกเก็บค่าผ่านทางนั้นส่วนราชการคู่สัญญามีอำนาจที่จะกำหนดแนวทางให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติได้ ทั้งนี้เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ใช้บริการให้มากที่สุด แม้ว่าโดยหลักแล้วเอกชนคู่สัญญามีสิทธิเลือกปฏิบัติตามสัญญาด้วยตนเองก็ตาม โดยเฉพาะในสัญญาที่เหมาะสมก่อสร้างส่วนราชการมีอำนาจควบคุมดูแลเสมือนตั้งเป็น "หัวหน้างาน" เอกชนคู่สัญญาจำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นๆ หรือต้องเลือกใช้วัสดุที่มีคุณภาพ ตามความประสงค์ของทางราชการ เป็นต้น

(2) ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อสัญญา โดยเฉพาะหนี้คู่สัญญาฝ่ายเดียวเนื่องจากสัญญาทางปกครองทำ เพื่อบริการสาธารณะโดยแท้และเนื่องจากบริการสาธารณะจะต้องปรับปรุง ให้ทันความต้องการส่วน-

รวมอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้ เช่น คดีบริษัท ส่งน้ำเทศบาลเมืองเซนต์ให้สัมปทานผูกขาดจำหน่ายน้ำประปา กับบริษัท ต่อมา ปรากฏว่าประชาชนเมืองนี้ เพิ่มขึ้นถึง 2 เท่าจำนวนน้ำตามสัญญาเดิม 2400 ลูกบาศก์เมตร ไม่เพียงพอศาลตัดสินว่า สัญญาสัมปทานที่ทำขึ้นเพื่อให้บริการ สาธารณะน้ำประปา แก่ประชาชนให้เพียงพอ เมื่อจำนวนประชากรของเมือง เพิ่มขึ้นเทศบาลมีสิทธิให้บริษัทเพิ่มการผลิตขึ้นด้วย ถ้าบริษัทไม่เพิ่มเทศบาลอาจ ให้ผู้อื่นดำเนินการแทนได้

อย่างไรก็ดี อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อกำหนดของ สัญญาทางปกครองนี้ มิใช่เป็นอำนาจที่หน่วยงานของรัฐคู่สัญญา จะใช้ได้ตาม- อำเภอใจหากแต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการต่อไปนี้เป็น (22)

- หน่วยงานของรัฐคู่สัญญา จะให้อำนาจดังกล่าวนี้ได้ ก็ ต่อเมื่อมีมูลเหตุมาจากความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้อง กับประโยชน์ของมหาชนเท่านั้น

- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้นจะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกินขนาดเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้ใหม่ที่ไม่ได้ กำหนด หรือเกี่ยวข้องกับสัญญาเลยหรืออาจขอให้เพิ่มของจากที่กำหนดในสัญญา ถึง 3 เท่าตัว ทั้งที่ไม่สามารถแสดงได้ว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพิ่มขึ้นขนาดนั้นที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะฝ่ายปกครองกับเอกชนทำ เพื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญา บางอย่าง การเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจนทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่ และการเปลี่ยนแปลงตามอำเภอใจ อาจไม่เป็นธรรมสำหรับคู่สัญญา

- หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งสัญญานั้นเป็น การเพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญา หน่วยงานของรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทนหรือ ชดเชยเวลาในการดำเนินการให้แก่เอกชนคู่สัญญาแล้วแต่กรณีเป็นการแลกเปลี่ยน

(22) พนม เอี่ยมประยูร, "ผลของสัญญาทางปกครอง" เอกสาร โครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตร "สัญญาทางปกครอง" เสนอที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 28 กันยายน 2531

ได้แก่ คดีบริษัททรานมีข้อเท็จจริงว่า จังหวัดได้ทำสัญญาให้สัมปทานเดินรถรางแก่บริษัท โดยกำหนดจำนวนเที่ยวและจำนวนรถไว้ในสัญญา ต่อมาในฤดูร้อนประชาชนต้องการใช้รถมากขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงอาศัยอำนาจรัฐกฤษฎีกาเพิ่มจำนวนขบวนรถขึ้นแต่บริษัทไม่ยอม โดยอ้างข้อสัญญาว่าตนยินดีเพิ่มเที่ยวรถแต่ไม่เพิ่มจำนวนรถ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อพิเคราะห์รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ฝ่ายปกครองหาไม่เพียงสิทธิที่จะอนุมัติเวลาเดินรถและเที่ยวรถไม่แต่ยังอาจแก้ไข หรือเพิ่มเติมจำนวนรถได้ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่บริษัททราน ก็ย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสัญญาขึ้นได้

- หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะอาศัยอำนาจนี้ ลดค่าตอบแทนที่จะต้องจ่าย ให้แก่เอกชนคู่สัญญาตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาไม่ได้ ปกติแล้วส่วนราชการคู่สัญญามีหน้าที่ จะต้องจ่ายค่าตอบแทนตามจำนวน และภายในกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้ตามสัญญาในกรณีที่ค่าตอบแทนได้กำหนดไว้เป็นงวดๆ ส่วนราชการคู่สัญญาก็มีหน้าที่ต้องจ่ายไปตามที่ได้ตกลงกันไว้แล้วนั้น

(3) อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา ส่วนราชการคู่สัญญาจะมีอำนาจในลักษณะนี้ ค่อนข้างกว้างขวาง ทั้งนี้เพื่อประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ดังนั้น ถ้าหากเอกชนคู่สัญญาไม่ลงมือปฏิบัติงาน ปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่องไม่เป็นไปตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลที่ 3 ดำเนินการแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากส่วนราชการคู่สัญญา ส่วนราชการคู่สัญญา มีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้ แล้วแต่กรณีคือ

- สั่งให้มีการปรับ

- สั่งให้มีการชดเชยค่าเสียหาย

- จัดหาบุคคลอื่นเข้ามาทำหน้าที่ โดยให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายให้ทั้งหมดอันเป็นมาตรการที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง และชั่วคราว และจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อ กรณีที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดผลอย่างร้ายแรงเท่านั้น

- การบอกเลิกสัญญา ซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นอำนาจบังคับ การให้ เป็นไปตามสัญญาได้โดยตรง เนื่องจากการบอกเลิกสัญญามีผล ทำให้สัญญาสิ้นสุดลงไปเลยทีเดียว อำนาจบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการคู่สัญญานี้มี ข้อยกเว้น สำหรับสัญญาทางปกครองบางประเภทเท่านั้น อนึ่ง คู่สัญญาไม่ผิด แต่ว่าการบอกเลิกสัญญานั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน ซึ่งในกรณีหลังนี้ เอกชนคู่สัญญา มีสิทธิได้รับค่าเสียหายอย่างเต็มที่

(4) หน้าที่ในการจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญา ส่วนราชการคู่สัญญา มีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทน ตามจำนวนและภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงไว้ ตามสัญญา

ในกรณีที่ค่าตอบแทนได้กำหนดไว้เป็นงวดๆ ส่วนราชการคู่สัญญา มีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายไปตามที่ได้ตกลงกันไว้

#### 4.1.2 เอกสิทธิ์กรณีมีการผิดสัญญา

ในกรณีเอกชนผิดสัญญาหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ 2 ทางคือ

ก. ถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้เอกชนตามกำหนด หลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งให้สิทธิคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา เช่นกันจนกว่าฝ่ายปกครองจะยอมทำตามสัญญา

ก่อนนำมาใช้ไม่ได้ เอกชนยังคงต้องทำตามสัญญาต่อไป เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่อาจขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้และถ้าร้ายแรงอาจร้องขอต่อศาล เพื่อเลิกสัญญาได้ แต่จะเลิกสัญญาเองไม่ได้

ข. ถ้าเอกชนผิดสัญญาไม่ทำตามสัญญา หรือทำไม่ตรงตามข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ ดังนี้

- ฝ่ายปกครองอาจมีอำนาจไม่เพียงเรียกค่าเสียหายหรือทำการตอบโต้ โดยไม่ยอมชำระหนี้ที่ตนจะต้องชำระตอบแทนให้เอกชนเท่านั้น แต่เพื่อไม่ให้ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเสียไป ฝ่ายปกครองยังอาจดำเนินการบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เอง โดยไม่ต้องมาสู่ศาลก่อน ถือเป็นหลักเอกสิทธิ์การบังคับฝ่ายเดียวไปก่อน โดยไม่ต้องไปศาล

- อำนาจดำเนินการบังคับนี้มีอยู่ โดยผลของกฎหมายต่างๆ ที่ข้อความในสัญญาไม่ปรากฏ ฝ่ายปกครองก็อาจดำเนินการบังคับ เพื่อแก้ไขความบกพร่องที่ปรากฏได้เอง

- อำนาจบังคับนี้ ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้เอง โดยไม่ต้องมาศาลภายหลังการเตือนให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เอกชนยังไม่ทำตามก็อาจสั่งให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหาย และถ้าจำเป็นอาจเข้าทำการแทนเอกชนเองหรือให้บุคคลที่ 3 มาทำการแทน โดยเอกชนผู้ผิดสัญญาต้องจ่ายค่าใช้จ่ายให้ และหากฝ่ายปกครองเห็นสมควรจะใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้

- หากเอกชนผู้ถูกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองเห็นว่ามาตรการนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจมาฟ้องศาลปกครองให้ชดใช้ค่าเสียหายได้

#### 4.2 หน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง - สิทธิพิเศษของเอกชน

อาจพิจารณาได้ดังนี้

##### 4.2.1 สิทธิของเอกชนในกรณีปกติ

##### 4.2.2 หลักคุณลักษณะทางการเงินของสัญญา - หน้าที่พิเศษของ

ฝ่ายปกครอง

##### 4.2.1 สิทธิของเอกชนในกรณีปกติ

เอกชนคู่สัญญามักมีสิทธิต่างๆ ในกรณีปกติดังนี้

- ฝ่ายปกครองจะให้สิทธิพิเศษที่ตนมีอยู่แก่เอกชน เพื่อช่วยการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะจะมีสิทธิเก็บค่า - ธรรมเนียมค่าบริการจากเอกชน หรือมีสิทธิผูกขาดทำการนั้น เพียงผู้เดียว ผู้ก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินอาจครอบครองที่ดินของเอกชนอื่น หากจำเป็นเพื่อวางสิ่งของหรือสร้างที่ทำการชั่วคราว

- นอกจากนี้ เอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองยังมีสิทธิอันเป็นหัวใจสำคัญที่ทำให้เอกชนเข้ามาสัญญานั้น ก็คือ ค่าตอบแทนเป็นเงิน ท่องในการเข้าทำสัญญา ซึ่งเอกชนมีสิทธิเด็ดขาดที่จะไม่ยอมให้ฝ่ายปกครองแก้ไขฝ่ายเดียวได้

- เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นจะเป็นไปมิได้อันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย

เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอันเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะ ทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาได้แก่

- ก. เหตุซึ่งเกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นเหตุซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้
- ข. เหตุที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องมิได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาไม่ว่าโดยทางใด
- ค. เหตุที่เกิดขึ้นนั้นเอกชนคู่สัญญาไม่อาจป้องกันปัดป้องขวางได้ เมื่อได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว
- ง. เหตุที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องก่อให้เกิดการปฏิบัติตามสัญญานั้น เป็นไปไม่ได้โดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ไม่ว่าเหตุการณ์นั้น จะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดธรรมชาติ เช่นพายุ น้ำท่วม แผ่นดินไหว หรือเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ เช่นไฟไหม้ สงคราม หรือแม้แต่การกระทำของสัตว์

- สิทธิในการขอต่ออายุสัญญาบางประเภท ในสัญญาปกครองบางประเภท หากเอกชนคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาให้เสร็จทันตามระยะเวลาที่กำหนดเอกชนคู่สัญญา จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีความล่าช้านั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัยจากเหตุที่เกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐคู่สัญญา หรือจากเหตุอันเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใด ที่มีใช้ความผิดของเอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนคู่สัญญาไม่มีสิทธิขอให้ต่ออายุสัญญาได้

- ข้อสังเกต - (1) เอกชนคู่สัญญาจะอ้างเหตุดังกล่าวข้างต้นเพื่อขอต่ออายุสัญญาได้ก็ต่อเมื่อ ความล่าช้าที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลโดยตรงจากเหตุที่กล่าวอ้างนั้นๆ
- (2) เอกชนคู่สัญญาไม่มีสิทธิได้รับขยายช่วงเวลาตามจำนวนวันที่เหตุการณ์เกิดขึ้นจริงเท่านั้น

เหตุในการขอต่ออายุสัญญาอีกประการหนึ่ง ได้แก่ เหตุอันเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการคู่สัญญา

#### 4.2.2 หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา อันเป็นหน้าที่พิเศษของ ฝ่ายปกครองมีทฤษฎีที่สำคัญคือ

(1) ฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลง สัญญาทาง-  
ปกครองฝ่ายเดียว ทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากกรณี สภาที่ปรึกษา  
แห่งรัฐจึงวางหลักว่า ฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทน ในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการ  
เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น

(2) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจาก การกระทำของฝ่ายปกครอง  
สาระสำคัญของทฤษฎีนี้ คือ หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญา เนื่อง  
จากการที่ฝ่ายปกครองผู้เป็นคู่สัญญาเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้ออกสิทธิ์ของตน  
ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปก-  
ครองต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวน เท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา  
ทฤษฎีนี้จะใช้เมื่อใดนั้นมีหลัก ดังนี้ คือ

ก. ทฤษฎีนี้ใช้ได้กรณี ที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้  
อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไข  
เปลี่ยนแปลงข้อสัญญา โดยตรงและคำสั่งเฉพาะเรื่องนั้น ทำให้การปฏิบัติตาม  
สัญญาถูกระทบกระเทือนเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นโดยตรง เช่น สัญญาให้สัมปทาน  
ทำเหมืองแร่แก่เอกชนพอเอกชนขนเครื่องมือ จะเข้าไปสำรวจแร่รัฐคู่สัญญาห้าม  
ไม่ให้เข้าไปในเขตสัมปทาน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น จะเห็นได้ว่า  
กรณีนี้มีใช่ เรื่องการใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาเลย แต่เป็นการใช้อำนาจห้ามเข้าตาม  
กฎหมายอื่น เช่นนี้ ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ถ้าฝ่าย  
ปกครองคู่สัญญา ใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไป บังคับแก่บุคคลทั่วไป ไป  
และมาตรการนั้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาถูกระทบกระเทือน และเสียค่าใช้จ่าย  
สูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าเอกชน ไม่ถูกระทบตามลำพัง เพราะเป็นผลกระทบ  
ทั่วไปทุกคน ฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทน ตามหลักความ-

เสมอภาคในสิทธิและภาระหน้าที่ของทฤษฎีบริการสาธารณะเว้นแต่มาตรการนั้นจะกระทบ โดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของรัฐที่จำเป็นต้องนำมาใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมาก เช่นนี้ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้ค่าทดแทน

ข. ทฤษฎีนี้ไม่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองหน่วยอื่นเป็นผู้ก่อภาระพิเศษ ในการปฏิบัติตามสัญญาให้เอกชนคู่สัญญา เช่น ในสัญญากับเทศบาลนั้น ปรากฏว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจทำให้ภาระเพิ่มขึ้นโดยออกกฎหมาย หรือคำสั่งเฉพาะเรื่องมาเช่นนั้น ต้องบังคับตามทฤษฎี เหตุที่มีอาจคาดหมายได้แทน

### (3) ทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้

ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองอาจมีเหตุ นอกเหนือความคาดหมาย ซึ่งทำให้การปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก เพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงมากเกินขนาด เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือ เรื่องค่าทดแทนความเสียหายส่วนราชการคู่สัญญาได้

สิทธิเช่นว่านี้ ของเอกชนคู่สัญญาจะมีอยู่ก็แค่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า ถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้น โดยไม่คาดหมาย และไม่ใช้ความผิดของใครแล้ว บริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมี หน้าที่จะต้องใช้ค่าทดแทน เพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมา อันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง

อย่างไรก็ดี เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ ดังกล่าว จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้คือ

- เหตุที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องเป็นเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น และจะต้องเป็นเหตุที่ไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัย-  
ธรรมชาติ วิกฤติการณ์เศรษฐกิจร้ายแรง หรือแม้การกระทำของฝ่ายปกครองอื่น  
ที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงินบาท, การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่การ  
เสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดาเพราะเก็งกำไรคาดการณ์ไม่ได้กำไรไม่ใช้ทฤษฎีนี้

- เหตุที่เกิดขึ้น จะต้องเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาคู่กรณี  
แห่งสัญญาและไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญา และเป็นสิ่งซึ่งคู่สัญญา  
ไม่อาจป้องกันขัดขวางได้

- เหตุที่เกิดขึ้น ต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้าย-  
แรงในการปฏิบัติตามสัญญาก็คือ ความร้ายแรงของเหตุการณ์ที่กระทบสัญญา  
ต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญา เอกชนขาดทุนย่อยยับและนานเกินกว่าที่บุคคลธรรมดา  
จะคาดหมายได้ เหตุที่เกิดขึ้นนี้ต้องก่อให้เกิดผลอย่างร้ายแรงในทางเศรษฐกิจ  
ของเอกชนคู่สัญญาในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น เอกชนคู่สัญญา จะปฏิบัติตาม  
สัญญาได้ก็จะต้องขาดทุนอย่างมหาศาลและเป็นส่วนที่เกินความเสี่ยงที่คนธรรมดา  
คาดหมายได้ จึงเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายปกครองต้องจ่าย

- เหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้จะต้องมี  
ลักษณะเป็นเหตุชั่วคราว เพราะ ถ้าเป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับเป็นเหตุ  
ถาวร นับแต่วันแรกที่เหตุนั้น กลายเป็นเหตุถาวรฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องชดใช้  
ค่าทดแทนอีกต่อไป คู่สัญญาจำต้องเลิกสัญญาโดยปริยายโดยถือเสมือนว่าสัญญานั้น  
ตกเป็นอันวิสัย

- เป็นเหตุที่เอกชนคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้แม้ว่า  
จะได้ใช้ความระมัดระวังตามควร

ผลทางกฎหมายในกรณีที่เกิดเหตุอัน ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ ก็คือ เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าทดแทน จากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญา โดย เอกชนคู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่

ตัวอย่างการใช้ทฤษฎีนี้ คือ คดีบริษัทไฟฟ้าเมืองบอร์โดมีข้อเท็จจริงย่อๆ ว่าบริษัทดังกล่าวรับสัมปทานผลิตไฟฟ้าให้ประชาชนจากเทศบาลเมือง-บอร์โดต่อมาเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าเพิ่มขึ้นจากปี 1915 จากราคา 35 ฟรังก์เป็นราคา 117 ฟรังก์ ในปี 1916 บริษัทขอขึ้นค่าไฟฟ้า แต่เทศบาลไม่ยอม บริษัทจึงมาฟ้องศาลขอขึ้นค่าไฟสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐพิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทน เพราะเงื่อนไข เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ครบถ้วน

ส่วนอีกคดีหนึ่งคดีบริษัทรางเมือง แซร์บวร์ก ซึ่งเทศบาลเมืองนั้นในสัมปทานการเดินรถ แก่บริษัทดังกล่าว และบริษัทนั้นเคยได้กำไรมา และมาขาดทุนอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี 1916 โดยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้เทศบาลอนุมัติให้บริษัทขึ้นราคาค่าโดยสารได้ตามที่เห็นสมควร แม้จะขึ้นราคาเท่าใดๆ ก็ยังขาดทุนอยู่ดี บริษัทจึงมาขอค่าทดแทนสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐพิพากษาว่า เมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาขาดทุนอย่างรุนแรงเทศบาลผู้ให้สัมปทานต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตาม เหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ ต้องมีลักษณะชั่วคราวและหากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจใหม่ทำให้เหตุนั้น กลายเป็นเหตุถาวรไปผู้ให้สัมปทานไม่อาจนำภาชี-อาการของประชาชนมาชำระค่าทดแทนได้ เพราะการดำเนินกิจการ ดังกล่าว ไม่อาจเป็นไปได้เสียแล้ว และกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มาขอให้ศาล เลิกสัญญาสัมปทานได้

= การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

โดยปกติ เมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้วสัญญาก็  
สิ้นผลไป หรือสัญญาอาจสิ้นผลไปตามข้อตกลงในสัญญานั้นก็ได้ หรืออาจสิ้นผลไป  
เพราะคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิกสัญญาหรือการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นอันพั่ววิสัย  
อย่างไรก็ตามยังมีการเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญา  
ทางปกครองดังนี้ <sup>(๒๓)</sup>

#### ก. การเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง

หลักมื่ออยู่ว่าฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่าย-  
เดียวได้ ทั้งที่แม้ข้อสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ ใน 2 กรณีต่อไปนี้

- ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรง ไม่ทำ  
ตามสัญญา หรือทำไม่ตรงข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งถ้าฝ่ายปกครองเห็นสมควรจะใช้  
สิทธิเลิกสัญญาได้ โดยฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้เอง โดยไม่ต้องมาศาล  
ภายหลังจากที่มีการเตือนให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว

- ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ผิดสัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิก  
สัญญาได้ ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะการเลิกสัญญากรณีนี้อาจทำเป็นคำสั่ง  
เฉพาะเรื่องหรือทำเป็นกฎข้อบังคับก็ได้ความจริงอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้อาจ  
การขยายอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว โดยเอกชนคู่สัญญาปราศจาก -  
ความผิดนี้ จะต้องมีหลักเกณฑ์ เช่นเดียวกับการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา  
นั่นเองและหากเลิกสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวน

#### ข. เลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

การเลิกสัญญาโดยศาลปกครองอาจเกิดขึ้น ในกรณี

<sup>(๒๓)</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (3)

ต่อไปนี้

- โดยคำร้องขอของเอกชน คู่สัญญาในกรณีที่ฝ่ายปกครองเองผิดสัญญาอย่างร้ายแรงหรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาด หรือกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น

- โดยคำร้องขอของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในกรณีเลิกสัญญาสัมปทานซึ่งฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิทำเอง

- โดยคำร้องขอของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเมื่อเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุถาวร

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในเรื่องผลของสัญญาทางปกครองอันได้แก่สิทธิ และหน้าที่ระหว่าง หน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญานั้นส่วนใหญ่มามากจากหลัก ในเรื่องทฤษฎีอำนาจมหาชนกล่าวคือ ถือว่ารัฐทรงไว้ซึ่งความเป็นใหญ่เหนือเอกชน ทำให้องค์กรของรัฐสามารถดำเนินงาน โดยใช้อภิสิทธิ์บ้างอย่าง ซึ่งเกินขอบเขตอันสมควรในกฎหมายเอกชนบังคับ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีผลบังคับแก่เอกชน โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อกำหนดหน้าที่พลเมืองได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลเหล่านั้น ตลอดถึงความคิดเห็น เรื่องทฤษฎีบริการสาธารณะด้วย ซึ่งคำนึงถึงการดำเนินงาน เพื่อมุ่งผลให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม จึงจำเป็นต้องมีหลักการและทฤษฎีพิเศษของกฎหมาย เพื่อใช้บังคับกับเอกชน เนื่องจากความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ

ทั้งสองแนวความคิดดังกล่าวทำให้เกิดหลัก เรื่องสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นกล่าวคือ นอกเหนือไปจากการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองแล้วฝ่ายปกครองอาจใช้เทคนิคทางสัญญาเข้ามาดำเนินกิจกรรมของตน เพื่อเสริมการใช้

อำนาจฝ่ายเดียวได้ ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงเกิดขึ้น ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางแพ่งเฉพาะส่วนที่ เกิดจากเจตนาร่วมกันของฝ่ายปกครองและเอกชน มิได้เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับเองโดยฝ่ายปกครอง แต่ลักษณะอื่นๆ และผลของสัญญาทางปกครองจะตั้งอยู่บนหลักทฤษฎีบริการสาธารณะเป็นสำคัญ เช่น หลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา โดยฝ่ายปกครองจะไม่มีใช้ เพราะจะต้องดำเนินการประกวดราคา โดยถือว่าเป็นการใช้วิธีที่เป็นกลาง และทำให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากที่สุด หลักเรื่องความเท่าเทียมกันในการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่มี เพราะสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่มีสัญญาแบบ ซึ่งกำหนดรายละเอียดของสัญญาอยู่แล้ว หลักต่างๆ ในสัญญาทางแพ่งที่ขัดกับประโยชน์สาธารณะ หรือทำให้บริการสาธารณะขัดข้องจะไม่นำมาใช้ อันได้แก่ หลักที่ว่าคู่สัญญาต่างตอบแทน ฝ่ายใดผิดสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ จนกว่าฝ่ายแรกจะปฏิบัติตามสัญญา หลักนี้ไม่สามารถนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญาได้ในกรณีเช่นนี้ เอกชนยังต้องปฏิบัติตามสัญญาไปก่อน เพื่อป้องกันการขัดข้องของบริการสาธารณะแล้ว จึงมาเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองในภายหลัง นอกจากนี้ หลักการไม่เปลี่ยนแปลงของสัญญาที่ทำขึ้นแล้ว จนกว่าคู่สัญญาจะได้ตกลงปลงใจร่วมกันแก่สัญญา ซึ่งเป็นหลักในทางแพ่งก็ไม่อาจนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจ แก้อัดสัญญาฝ่ายเดียวโดยเอกชนไม่ยินยอมได้ ถ้ามีความจำเป็นเพื่อบริการสาธารณะ หรือประโยชน์สาธารณะ เมื่อฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขข้อสัญญาไปแล้วหรือเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาโดยเอกชนเป็นไปได้ยาก และเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก แต่ไม่ถึงขนาดที่การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา โดยเอกชนจะตกเป็นอันพันวิสัย ฝ่ายปกครองต้องช่วยสถานะทางการเงินของเอกชนไม่ให้ถึงกับขาดทุนย่อยยับ เพราะมิฉะนั้น บริการสาธารณะจะเสียหายหลักการเช่นนี้มีในกฎหมายแพ่งแต่อย่างไรไม่เพราะในกฎหมายแพ่งถือว่าการชำระหนี้ที่ยังไม่พันวิสัย แม้จะชำระด้วยความลำบากเพียงใดลูกหนี้ก็ยังคงต้องชำระหนี้อยู่เองรวมตลอดถึงหลักในเรื่องการสิ้นสุดของสัญญาก็เช่นเดียวกัน ฝ่ายปกครองมีอำนาจบอกเลิกสัญญาได้ ทั้งในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาผิด

สัญญาอย่างร้ายแรงหรือ ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาไม่ได้ทำผิดสัญญา แต่ประการใด แต่ทำการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน ซึ่งในกรณีหลังนี้ เอกชนมีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายอย่างเต็มที่

ทำให้เห็นว่า หลักการที่มีผลบังคับโดยกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ อาจขัดแย้งกับข้อความในสัญญาและเจตนาของคู่สัญญาตั้งแต่แรก แต่ก็เป็นหลักที่ศาลปกครองสร้างขึ้น เพื่อผสมผสานประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญาได้ให้อยู่ในดุลยภาพที่เหมาะสม

ส่วนที่ 2 ลักษณะสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศที่ยังไม่มีแนวความคิด-  
ในเรื่องสัญญาทางปกครองเป็นเอกเทศ

บทที่ 1

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศต่างๆ

1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายทางปกครองในประเทศอังกฤษ

1.1.1 ความเบื้องต้น

อังกฤษเป็นประเทศ ซึ่งไม่มีระบบกฎหมายปกครองเป็นเอกเทศ (separate system of administrative law) แต่ประเทศนี้ก็มีกฎหมายเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง (administration) แต่กฎหมายดังกล่าวไม่แตกต่างในสาระสำคัญกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายสาขาอื่นๆ ของอังกฤษ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายปกครอง และกฎหมายสาขาอื่นๆ ของอังกฤษต่างก็มีที่มาจากแหล่งกำเนิดอันเดียวกัน คือ ระบบกฎหมาย common law

นอกจากนี้ กฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษต่าง ก็เป็นส่วนหนึ่งของ กฎหมายสาขาเดียวกัน คือกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบขององค์การและการงานของรัฐบาล ดังนั้นกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษจึงไม่อาจแยกออกจากกันได้ เราจึงอาจให้คำจำกัดความของกฎหมายปกครองอังกฤษว่า เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการทั่วไป ของรัฐบาลแห่งประเทศภายใต้หลักการอย่างกว้างๆ ซึ่งกำหนดขึ้นโดยผู้มีหน้าที่วางนโยบาย จึงอาจถือว่าเป็นกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐบาล ทั้งใน

ระดับกลาง และระดับท้องถิ่นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐบาล กับ พลเมืองซึ่งเป็นเอกชน ความสงบเรียบร้อย สวัสดิภาพของพลเมืองและสิทธิของปัจเจกชนที่จะใช้ต่อสู้กับรัฐบาล

สรุปได้ว่ากฎหมายปกครองของอังกฤษก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่บ้านเมือง (public authorities) <sup>(24)</sup>

แต่เดิมนั้น นักกฎหมายอังกฤษซึ่งยึดมั่นระบบกฎหมาย common law โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมไม่ยอมรับว่ากฎหมายปกครองมีอยู่ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง แม้ในปัจจุบันศาลยุติธรรมก็ยังไม่ยอมรับว่าประเทศอังกฤษมีกฎหมายปกครอง

ต่อมารัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติการประกันภัยแห่งชาติ 1911 ทำให้อังกฤษได้ก้าวไปสู่ การเป็นรัฐสวัสดิการ เป็นเหตุให้รัฐสภาต้องตรากฎหมายต่างๆ เพื่อให้อำนาจรัฐบาลเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ และสังคม ตลอดจนให้อำนาจแก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (local government) เพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจัดการศึกษา และการวางแผนพัฒนาเมือง แนวความคิดของรัฐสวัสดิการนั้น รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองสภาพแวดล้อม, ให้การศึกษา, จัดหางาน, ที่อยู่อาศัย, เครื่องนุ่งห่ม และให้การรักษาพยาบาลแก่พลเมือง

การที่ประเทศอังกฤษเป็นรัฐสวัสดิการ ทำให้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือบริหารอันมหาศาล และรัฐสภาจำเป็นต้องให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถดำเนินงานให้บรรลุจุดมุ่งหมายของรัฐสวัสดิการ เพราะเพียงแต่ตราพระราชบัญญัติของรัฐสภาและให้รัฐบาลเป็นผู้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายโดยให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ใช้บังคับกฎหมาย นั้นย่อมไม่เพียงพอ เพราะในหลายๆ เรื่อง หลายๆ กรณีรัฐสภาไม่อาจตัดสินใจใน

<sup>(24)</sup> อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ(4),

เรื่องนั้นๆ ไว้ล่วงหน้าได้เช่น การควบคุมการก่อสร้างอาคาร ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมสภาพแวดล้อมเป็นต้น รัฐสภาอาจตรากฎหมาย เพื่อบังคับว่าการก่อสร้างอาคารนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับอนุญาตแบบแปลนจากทางการแล้ว แต่รัฐสภาไม่อาจจะวางหลักการทั่วไปที่จะใช้สำหรับการอนุญาตแบบแปลนทุกกรณีได้ ดังนั้น รัฐบาลจำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจดุลพินิจ (discretionary power) ในการอนุญาตแบบแปลนก่อสร้างได้ การที่ฝ่ายปกครองได้รับอำนาจให้ใช้ดุลพินิจนั้นย่อมเป็นอันตรายแก่พลเมือง เพราะการใช้อำนาจนั้นอาจทำความเสียหายแก่สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้อยู่ในขอบเขตอันสมควร

ดังนั้น นักกฎหมายอังกฤษ จึงเริ่มเห็นความสำคัญของกฎหมาย - ปกครอง

### 1.1.2 สัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ<sup>(25)</sup>

ในประเทศอังกฤษจะไม่มีกฎหมายลักษณะสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างองค์การของรัฐและเอกชนเป็นไปตามกฎหมายต่างๆ ไป ทำนองเดียวกันกับที่ใช้บังคับระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ในสมัยก่อนรัฐ หรือกษัตริย์มีฐานะพิเศษ โดยถือจากหลักทฤษฎีที่ว่า "The king can do no wrong" ซึ่งเป็นทฤษฎีกฎหมายที่สมมุติขึ้น ตั้งแต่สมัยลัทธิศักดินา ภายใต้ลัทธิศักดินานี้พระมหากษัตริย์

<sup>(25)</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ , สัญญาทางปกครองในกฎหมาย - อังกฤษ" เอกสารการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตร "สัญญาทางปกครอง" เสนอที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529.

ยอมไม่สามารถถูกฟ้องร้องต่อศาลได้ ความคิดในลักษณะนี้ได้ยอมรับแต่เพียงว่า องค์พระมหากษัตริย์จะถูกฟ้องร้องต่อศาลมิได้เท่านั้น ยังรวมไปถึงส่วนราชการ (crown) ก็ไม่สามารถถูกฟ้องร้องต่อศาลได้อีกด้วย แม้ว่าในทางปฏิบัติได้มีการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก Common Law นี้คือ เมื่อมีการฟ้องเป็นการส่วนตัว เพื่อให้เจ้าพนักงานคนใดต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตน และเจ้าพนักงานรับผิดชอบไปแล้ว ทางราชการก็จะชดใช้คืนให้ แต่ทางปฏิบัติเช่นนี้อยู่ในวงแคบได้เคยมีการพยายามจะให้มีการแต่งตั้ง "จำเลย" แทนเพื่อให้มีการฟ้องส่วนราชการ โดยให้เป็นที่เข้าใจว่าอันที่จริงแล้ว ก็คือส่วนราชการนั่นเองอยู่เบื้องหลัง ซึ่งศาลสูงสุดของอังกฤษ (House of Lord) ปฏิเสธไม่ยอมรับวิธีการเช่นนี้ ในศาลสูงสุดของอังกฤษมีความเห็นว่าตามความเป็นจริง กรณีพิพาท นั่นก็คือ การพิพาทระหว่างโจทก์กับส่วนราชการ นั่นเอง จะเลียงไปอย่างไรก็หาได้ไม่

ในที่สุดอังกฤษได้ออกกฎหมายแก้ไขปัญหานี้คือ "The Crown Proceedings Act, 1947" ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1948 บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึง การฟ้องร้องส่วนราชการ (crown) เกี่ยวกับความรับผิดของสัญญา (liability in contract) และความรับผิดเพราะละเมิด (liability in tort) ดังนั้น หลังจากมีกฎหมายฉบับดังกล่าวออกมาแล้วหน่วยงานต่างๆ ของรัฐอาจถูกฟ้องในศาลได้ทำนองเดียวกับเอกชน แต่อาจมีหลักพิเศษยกเว้นอยู่บ้างเหมือนกัน

ดังนั้นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะ เป็นราชการส่วนกลาง ส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจอาจถูกฟ้องร้องได้ในศาลธรรมดา โดยไม่มีการแยกระบบศาลพิเศษออกไป

อำนาจในการทำสัญญาของราชการ อันได้แก่ รัฐมนตรีกระทรวงต่างๆ อาจมีอำนาจตามกฎหมาย เฉพาะที่จะมีหน้าที่ในเรื่องหนึ่ง เรื่องใด

โดยตรงแต่ถ้ารัฐมนตรีทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้กระทำการแทนรัฐ (crown) ก็ มีอำนาจเช่นอย่าง crown ด้วย ซึ่งตามหลักกฎหมาย Common Law นั้น ยอมรับกันว่า crown อาจทำสัญญาในเรื่องใดๆ อันจำเป็นในการบริหารประเทศตามหน้าที่ได้ แม้ว่าจะเป็นการทำสัญญาทางการค้าหรือการอันใดที่แตกต่างไปจากที่เคยทำกันตามประเพณีก็ตาม

สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรทางปกครองในทางท้องถิ่น มีฐานะแตกต่างไปจากรัฐบาลกลางอยู่บ้าง กล่าวคือต้องกระทำการตามอำนาจหน้าที่ของตนที่กฎหมายกำหนด และอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรมเท่านั้น

ต่อมาได้มีบทบัญญัติ Local Government Act, 1972 ให้อำนาจราชการส่วนท้องถิ่นที่จะกระทำการใด เพื่อให้สำเร็จตามอำนาจหน้าที่ของตนได้ ดังนั้นราชการส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจหน้าที่จะทำสัญญาใดๆ เกี่ยวข้องกับการงานในอำนาจหน้าที่ของตนได้ แต่การกระทำที่ไม่ถูกต้องในเรื่องของอำนาจจะไม่มีผลและเป็นโมฆะตามหลักของ "Ultra Vires"

เช่นตัวอย่างคำพิพากษาระหว่าง Rhyl Urban District Council กับ Phyl Amusements Ltd., นั้นปรากฏว่ากฎหมายกำหนดให้เทศบาลอาจให้เช่าที่ดินได้โดยการอนุมัติของรัฐมนตรี แต่ปรากฏว่าไม่มีการขออนุมัติจากรัฐมนตรี กรณีนี้จึงถือว่าเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ

สำหรับบรรดารัฐวิสาหกิจ นั้น สามารถเข้าทำสัญญาได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ทำการแทนรัฐในลักษณะหนึ่งและอีกลักษณะหนึ่ง เป็นการทำในฐานะของรัฐวิสาหกิจนั่นเอง ตามที่มีกฎหมายจัดตั้งและระบุอำนาจไว้ ในกรณีที่รัฐวิสาหกิจกระทำด้วยตนเองนี้จะใช้หลักกฎหมาย เช่นเดียวกับเรื่องวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเอกชน หากมีการกระทำที่เกินอำนาจหน้าที่ก็เป็นโมฆะ

เมื่อได้มีการทำสัญญาแทนรัฐแล้ว สัญญาดังกล่าวจะผูกพันรัฐโดยตรง มิได้ผูกพันผู้กระทำในฐานะเป็นการส่วนตัว สัญญาดังกล่าวเหล่านี้จึงต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจที่จะกระทำ ซึ่งโดย การใช้วิธีการมอบอำนาจให้กระทำการแทน เป็นช่วงๆ ลงไปตามโครงสร้างการบริหาร และหากสัญญาทำลงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ไม่มีอำนาจกระทำการแล้ว สัญญาจะไม่มีผลผูกพัน

ในกรณีที่มีการจ่ายเงินของรัฐ จะต้องได้รับการอนุมัติงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อนปรากฏว่าการทำสัญญาไปก่อน มีการอนุมัติวงเงินจากรัฐสภา หลักกฎหมายก็ยังถือว่าสัญญายังสมบูรณ์อยู่ เพียงแต่การดำเนินการตามสัญญาต่อไป ไม่อาจกระทำได้เพราะไม่มีเงินเท่านั้น หนี้ตามสัญญายังคงมีอยู่ตามเดิม

## 1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

### 1.2.1 ความเบื้องต้น

แนวความคิดในเรื่องกฎหมายปกครองในประเทศไทยนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากนักกฎหมายฝรั่งเศส และนักกฎหมายของไทยที่ไปศึกษากฎหมายในต่างประเทศและกลับมาสอนวิชากฎหมายโดยได้เขียนคำอธิบาย อันมีอิทธิพลต่อความคิดในทางกฎหมายมหาชนมาก ดังจะเห็นได้ข้อความต่อไปนี้

คำอธิบายของพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ ได้กล่าวว่า <sup>(๒๖)</sup>

"การแบ่งกฎหมายเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องในสิทธิเอกชน และที่เกี่ยวข้องในสิทธิมหาชน นี้เนื่องจากการแบ่งส่วนที่เริ่มมีใช้ในกฎหมายโรมัน จัดแบ่งเป็น

<sup>(๒๖)</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (1),

"Jus Privatum" และ "Jus Publicum" ซึ่งถือกันว่าเป็นส่วนสำคัญในกฎหมาย Jus Privatum เป็นภาษาลาติน ตรงกับกฎหมายที่เรียกตามศัพท์อังกฤษว่า "Private Law" และ Jus Publicum รวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกครอง อำนาจ สิทธิ หน้าที่ และความเป็นไปของบ้านเมือง ส่วน Jus Privatum นั้นว่าด้วยหลักกฎหมายอื่น นอกเหนือจากนี้ คือข้อบัญญัติในความเกี่ยวพันระหว่างราษฎรต่อราษฎรที่ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของบุคคล แต่บางทีรัฐบาลที่ถ่อมตัวมาเกี่ยวพันกับราษฎร ในฐานะที่เป็นราษฎรผู้หนึ่งอยู่ในข้อบังคับกฎหมายอย่างเดียวกับราษฎร ในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินและทรัพย์สินอื่นๆ ทำสัญญาจ้างเอเยนต์และลูกจ้าง ทำการค้าขายบางอย่าง ทั้งนี้แม้จะมีสิทธิพิเศษในเรื่องอำนาจศาลประการใด ก็ไม่แปลกไปจากราษฎรก็มากนัก

แม้พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ จะอธิบาย ว่ากฎหมาย แบ่งออกเป็นกฎหมายเกี่ยวในสิทธิเอกชนและเกี่ยวในสิทธิมหาชน แต่ก็อธิบายด้วยว่าอาจแบ่งเป็นกฎหมายอาญา และกฎหมายแพ่งก็ได้ซึ่งแนวการสอนและการอธิบายในเวลานั้นเน้นการแบ่งแบบหลังมากกว่า เพราะหาตัวอย่างกฎหมายมาอธิบายง่ายในเวลานั้น เนื่องจากกฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บางบรรพก็ได้ประกาศใช้แล้ว แต่กฎหมายปกครองก็ยังไม่รู้จัก กฎหมายรัฐธรรมนูญก็ยังไม่ มี พระราชบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการปกครองก็ส่งเคราะห์เข้าไว้ในประเภทกฎหมายแพ่ง เพราะเข้าตามบทวิเคราะห์ศัพท์ว่า "ความแพ่ง" ที่ถืออยู่ในเวลานั้น คือ "ไม่ได้ร้องขอให้มีโทษอาญาหลวงตามกฎหมาย เรียกว่า ความแพ่ง"

ส่วนคำอธิบายที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนาความคิดในทางกฎหมายมหาชน มากได้แก่ คำอธิบายของ ดร.ดูปลาตร์ ซึ่งมีข้อความดังนี้<sup>(27)</sup>

"กฎหมายปกครอง เป็นสาขาอันสำคัญแยกมาจากกฎหมายมหาชน

<sup>(27)</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (1),

กฎหมายมหาชนนั้นต่างกับกฎหมายเอกชน และการจัดแบ่งกฎหมายเช่นนี้ ซึ่งยัง  
ใช้อยู่ในสมัยปัจจุบัน มีกำหนดมาแต่ในสมัยโบราณ ด้วยเหตุที่ได้ปรากฏแล้วใน  
กฎหมายโรมัน...

กฎหมายมหาชนนั้น อาจให้บทวิเคราะห์ศัพท์ได้ดังนี้ คือเป็นส่วนหนึ่ง  
ของกฎหมายซึ่งบังคับนิติสัมพันธ์อันเกิดขึ้น เนื่องจากการที่ประเทศแสดงตัวเป็นผู้  
บังคับปกครองในพระราชอาณาจักรโดยรักษาความสงบเรียบร้อย ระเบียบการ  
เก็บภาษีอากร และการที่ประเทศแสดงตัวนอกพระราชอาณาจักร เป็นผู้ทำการ  
เกี่ยวข้องกับประเทศอื่นๆ

กฎหมายมหาชนย่อมมีสาขากฎหมายปกครองนี้เป็นส่วนประกอบอย่าง  
สำคัญ กล่าวโดยเฉพาะสำหรับประเทศ ซึ่งอยู่ในคอนติเนนตยุโรป มีประเทศ  
ฝรั่งเศสเป็นอาทิซึ่งเป็นประเทศที่กฎหมายปกครองได้มีความเจริญมาก ข้าพเจ้า  
จะได้แสดงเหตุผลให้เห็นในตอนต่อไป แต่เป็นการตรงกันข้าม ในประเทศซึ่ง  
สืบเชื้อสายมาจากพวกองโกลซีกของมีอาทิ คือ ประเทศอังกฤษ ดูเหมือน  
ว่ากฎหมายปกครองยังไม่ได้มีผู้ใดได้เขียนคำอธิบายรวบรวมเป็นวิชาหนึ่ง และ  
ซึ่งแสดงหลักทั่วไปของการปกครอง ท่านฮอลแลนด์ได้กล่าวไว้ ในตำราธรรม-  
ศาสตร์อธิบายถึงวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายปกครองแต่ท่านแซลมอนด์มิได้กล่าวถึงเสียเลย  
ข้อที่ควรสังเกต คือ กฎหมายปกครองยังมิได้สอนในเนติบัณฑิตยสภาอังกฤษ

ถึงกระนั้นก็ดี ในทุกประเทศ เราอาจแต่งคำอธิบายกฎหมาย  
ปกครองได้และจัดให้มีการสอนอันจะทำประโยชน์ให้โดยปราศจากค่าตัดค้านเลย  
ไม่ว่าในประเทศใดย่อมมีการปกครองซึ่งในสมัยนี้ปรากฏว่าเป็นการสำคัญ และ

ปรากฏโดยวิธีต่างๆ เราจะทราบวิธีดำเนินการของแผ่นดินในสมัยนี้ได้อย่างไร ถ้าเราไม่ทราบส่วนประกอบให้ครบเสียก่อนแล้ว

ไม่ว่าในประเทศใด เราอาจวิเคราะห์ศัพท์กฎหมายปกครองได้ดังนี้ คือ หลักและข้อบังคับ ซึ่งว่าด้วยระเบียบและวิธีดำเนินการของราชการฝ่าย-ตุรการ และว่าด้วยความเกี่ยวข้องซึ่งเอกชนจะพึงมีแก่ราชการ

ในประเทศสยาม สมุดหรือตำราสอนวิชากฎหมายปกครองในระหว่างกระทรวงทบวงการ และในการแบ่งพื้นประเทศ เป็นเขตสำหรับปกครอง ระเบียบการและอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเขตเหล่านั้น เราจะได้ทราบหน้าที่อันสำคัญของแผ่นดิน และแผนราชการต่างๆ ซึ่งจะต้องกระทำหน้าที่นั้น หนึ่ง รัฐบาลจำต้องรักษาวินัย จัดปรองดองประโยชน์ของรัฐบาลกับประโยชน์ของเอกชนและในการที่จะกระทำให้บรรลุถึงผลเช่นนี้ รัฐบาลจำต้องจำกัดเสรีภาพแห่งบุคคลเสียบ้าง เป็นต้นว่าวางข้อบังคับเกี่ยวกับเสรีภาพในการเขียนหนังสือเสรีภาพในการสมาคมเสรีภาพแห่งการทำงาน โดยตั้งตนเป็นผู้ทำการเด็ดขาด แต่ผู้เดียวสำหรับกิจการบางอย่างรัฐบาลเป็นผู้จัดการรถไฟของตน และในฐานะนี้ย่อมมีคุณสมบัติ เป็นผู้ชนส่งแต่รัฐบาลได้ตั้งทบวงการปกครองไว้เพื่อเป็นธุระในกิจการนี้

อุทาหรณ์อีกเรื่องหนึ่ง คือรัฐบาลเป็นเจ้าของบ่อแร่, ป่าไม้ รัฐบาล จะจัดการทำประโยชน์เสียเองก็ได้ แต่รัฐบาลนิยมให้ประทานบัตร หรืออนุญาต แก่เอกชนไปจัดการมีบทกฎหมายกำหนดวางเกณฑ์อันเอกชนผู้ขอประทานบัตร หรือผู้รับอนุญาตจะพึงต้องปฏิบัติให้ถูกต้องนี้ ก็ เรียกว่าเป็นกฎหมายปกครองด้วยเหมือนกัน

ข้าพเจ้าได้ยกแต่อุทาหรณ์ขึ้นกล่าวเท่านั้น แต่บทวิเคราะห์ของสาขากฎหมายนี้ซึ่งข้าพเจ้าได้ให้ไว้แล้วย่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายปกครองเป็น

สิ่งซึ่งอาจเข้าใจกันได้

ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า กฎหมายปกครองได้มีความเจริญมากในประเทศฝรั่งเศส ในการที่จะเข้าใจหลักซึ่ง เรียกว่าหลักการแบ่งอำนาจ หรืออำนาจวิภาค ในประเทศฝรั่งเศส อำนาจปกครองแผ่นดินแยกออกเป็น 3 ชนิด

1. อำนาจนิตินิติบัญญัติ คือ อำนาจที่จะออกกฎหมาย
2. อำนาจตุลาการหรือบริหาร คืออำนาจที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย
3. อำนาจตุลาการ คืออำนาจที่จะตัดสินว่าผู้ต้องหา จะปฏิบัติการตามกฎหมายหรือไม่

เพื่อจะรวบรัดเรื่องซึ่งเราศึกษาอยู่นี้ ขอแจ้งว่าในประเทศฝรั่งเศส เขาได้ประสงค์จะแยกอำนาจตุลาการ กับอำนาจตุลาการให้ขาดจากกันทีเดียว และ ไม่ยอมให้ศาลยุติธรรม ซ้ำขาดว่ากิจการที่พนักงานฝ่ายตุลาการทำลงนั้น ถูกหรือผิด

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาในกิจการเพื่อสาธารณะประโยชน์ (เช่น ตัดถนนสร้างสะพานฯ) หรือสิ่งเหมาะให้ส่งของที่ต้องการเหล่านี้ฝ่ายตุลาการมีอาจถูกฟ้องต่อศาลยุติธรรมในเรื่องหน้าที่อันเกิดมีแก่ตนจากสัญญานั้นๆ เพื่อจะวินิจฉัยคดีเหล่านี้ จึงได้มีศาลปกครองขึ้นประกอบด้วยผู้พิพากษา ซึ่งไม่เป็นตุลาการในศาลยุติธรรม แต่เป็นตุลาการของฝ่ายปกครอง ดังนี้ จึงเป็นฝ่ายปกครอง มิใช่ฝ่ายตุลาการ ที่จะวินิจฉัยการอันฝ่ายปกครองกระทำไป และถ้าคำพิพากษาของศาลปกครองบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ แล้วก็เท่ากับฝ่ายปกครองได้รับคำสั่งจากตนเองและมีใช้จากฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

อนึ่ง กฎหมายปกครองอนุญาตให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียร้องขอให้เพิก

ถอนคำสั่งบางอย่างของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ คำสั่งเพิกถอนนี้มีแต่ศาลปกครองเท่านั้นที่จะสั่งได้ ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจจะสั่งได้เลย

อาศัยคำสั่งแฉงโดยข้อที่กล่าวมาแล้ว กฎหมายปกครองมีเขตกว้าง อยู่เพราะว่าด้วยการปกครองรวมอยู่ด้วย คือ ประกอบด้วยปัญหาว่าด้วยธรรมเนียมศาลปกครอง (สภาที่ปรึกษาการแผ่นดินและศาลปกครอง) กับทั้งการศึกษาเรื่องอำนาจ และวิธีพิจารณาของศาลปกครอง และการศึกษาบทกฎหมายพิเศษสำหรับบังคับกรณีที่ศาลปกครองจะต้องพิจารณา

การที่ในประเทศไทยไม่มีศาลปกครอง ทำให้ส่วนประกอบของกฎหมายน้อยลง แต่กระนั้นก็ยังมียุทธศาสตร์สำคัญเหลืออยู่ คือ การศึกษาระเบียบการและวิธีดำเนินการของราชการแผ่นดินและความเกี่ยวพัน (โดยไม่มีภารกิจ) ระหว่างข้าราชการกับเอกชนเราได้กล่าวไว้แล้วในบทวิเคราะห์ศัพท์ ส่วนที่เหลือยังมีวงเขตกว้างพออยู่แล้ว

เมื่อได้วิเคราะห์ถึงกฎหมายปกครองโดยวิธีนี้แล้ว ใครจะเป็นผู้คัดค้านประโยชน์ของกฎหมายปกครองได้อย่างจริงจัง

สำหรับผู้พิพากษา, ทนายความ, ผู้ทำพาณิชย์การและอุตสาหกรรมในอนาคตและผู้ที่เกี่ยวข้องจะรับราชการในฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นการจำเป็นที่จะรู้จักการปกครองทั่วไป ต้องทราบถึงอำนาจและวงเขตของอำนาจแห่งเจ้าหน้าที่การปกครอง ซึ่งเราจะต้องมีการเกี่ยวข้องอยู่ด้วยทุกวัน ในทุกประเทศ และรวมทั้งประเทศไทยด้วย

การปกครองได้ขยายและเจริญขึ้นในประเทศไทย เมื่อ 20 ปีมาแล้วนี้ได้เพิ่มแผนราชการอีกมาก และได้ขยายทบวงการสาขาที่มีอยู่แล้ว ไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าความเจริญในทางการปกครองของประเทศไทย ในปัจจุบัน

สมัย เป็นสิ่งที่เพียงพอเพื่อ จัดให้มีวิชากฎหมายปกครองที่แสดงหลักการปกครอง ซึ่งใช้อยู่ในประเทศสยาม"

ผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาการศึกษากฎหมายมหาชน ในประเทศไทยอีกท่านคือ นายปรีดี พนมยงค์ ได้จัดให้มีการสอนวิชากฎหมายปกครองขึ้นเป็นครั้งแรก โดยได้อธิบายหลักการแล้วแยกอำนาจอธิปไตย อันเป็นหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและยังได้กล่าวถึงหลักการที่ว่าด้วยระเบียบการปกครองท้องถิ่น การงานในทางปกครอง และคดีปกครอง เป็นต้น ถือเป็นการเผยแพร่แนวความคิดเกี่ยวกับ หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย และหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ โดยเฉพาะความพยายามในการจัดตั้งองค์กรวินัยข้าราชการทางบริหารชั้นในประเทศไทย แบบเดียวกับสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้แก่ คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ได้แก่ งานร่างกฎหมาย, งานให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายให้แก่หน่วยงานของรัฐ, งานวินัยข้าราชการชั้นอธิบดีที่เกิดจากการกระทำของรัฐกับเอกชน ก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งถือเป็นระบบควบคุมงานภายในของฝ่ายบริหารนั่นเอง

จากคำอธิบาย ของท่านอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายในประเทศไทยดังกล่าวข้างต้น ได้แสดงให้เห็นว่ามีความพยายามที่จะแยกสาขากฎหมายปกครองออกมา ซึ่งฝ่ายปกครองได้แก่ องค์การและเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่น แต่ไม่รวมถึงองค์การและเจ้าหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ เนื่องจากมิได้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจบริหาร<sup>(28)</sup> เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการปกครอง ซึ่งถือว่าสำคัญเพราะ

<sup>(28)</sup> ประยูร กาญจนดูล, "กฎหมายปกครอง", วารสารกฎหมาย

มีการวางระเบียบบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบในทางปกครองของรัฐ, จัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนถึงการวางระเบียบความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน กฎหมายปกครองจึงมีลักษณะแตกต่างกับกฎหมายแพ่งอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเอกชน ทั้งในที่วัตถุประสงค์ ทฤษฎี และหลักการต่างๆ เพราะกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่วางระเบียบความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนต่อเอกชนถือเป็นการพยายามชี้ให้เห็นว่ากฎหมายปกครองเป็นกฎหมายสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน ฉะนั้นจึงไม่อาจจะนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับความเกี่ยวพันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองได้อย่างเต็มที่เหมือนกับการใช้บังคับความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน เช่น ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองได้ฝ่ายเดียวตามกฎหมาย เช่นการเก็บภาษี การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นหลักที่แตกต่างกับหลักของเอกชนมากเพราะกฎหมายเอกชนถือหลักความเสมอภาคในการแสดงเจตนา ระหว่างคู่กรณีเป็นสาระสำคัญ

### 1.2.2 สัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

ในทางทฤษฎี กฎหมายที่ใช้บังคับ อยู่ในประเทศมีหลักกฎหมายที่ใช้อยู่แยกประเภทได้เพียง 3 สาขา คือ สาขากฎหมายแพ่ง(เอกชน), กฎหมายอาญา , และกฎหมายปกครอง เหตุที่เราแยกกฎหมายออกเป็น 3 สาขาใหญ่นี้ก็เพราะว่า หลักกฎหมายสำหรับกฎหมายสาขานี้ย่อมเหมาะสมสำหรับกฎหมาย ที่มีจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกันเท่านั้น เช่นกฎหมายแพ่ง(เอกชน) ต้องมีหลักการตีตาม และการใช้บังคับกฎหมายโดยยึดถือตามเจตนาคู่สัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนเป็นสำคัญแต่หลักการตีตาม โดยอาศัยเจตนาของเอกชนเช่นนี้ย่อมจะนำไปใช้ในกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองความปลอดภัยของสังคมไม่ได้เช่น จะยอมให้เอกชนยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย หรือต่อสู้กันเองไม่ได้ เป็นต้น ส่วนกฎหมายปกครองจะกำหนดเงื่อนไข และหลักเกณฑ์ไว้สำหรับการใช้ "อำนาจในทางบริหาร" ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารก็จะนำไปใช้

## ในกฎหมายสาขาอื่นได้ยาก

ซึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ประเทศไทยมีแนวความคิดในเรื่องของกฎหมายปกครอง แยกออกมาจากกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายนี้จะเป็น เรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานราชการ เป็นส่วนใหญ่ แต่เราจะไม่มียกข้อยกเว้นเฉพาะในเรื่องสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างไร เพราะคนไทยยังผูกติดอยู่กับสัญญาทางกฎหมายแพ่งเสียเป็นส่วนใหญ่หลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง ตามแนวความคิดของฝรั่งเศส ยังไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เนื่องจากเป็นแนวคิดที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง (เอกชน) และการตีความทางแพ่ง จะดำเนินถึงเจตนาของคู่สัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก แม้ประเทศไทยมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งถือเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนว่าด้วยเรื่องการจัดซื้อ, การจ้าง, การจ้างที่ปรึกษา, การจ้างออกแบบและคุมงาน, การแลกเปลี่ยน, การเช่า, ถือเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ในเรื่องการจัดซื้อพัสดุเพื่อใช้ในหน่วยงาน, การก่อสร้างอาคาร, การให้เช่าอาคาร รวมถึงการแลกเปลี่ยนพัสดุต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐอีกด้วย จึงพอจะอนุมานได้ว่าสัญญาต่างๆ เหล่านี้เป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง เนื่องจากมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ได้มาทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเอกชน แต่เราจะไม่มียกข้อยกเว้นของกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่มาใช้บังคับคู่สัญญาทั้งฝ่ายหน่วยงานของรัฐ และของเอกชนแต่อย่างไร แต่จะใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาใช้บังคับแทน

นอกจากสัญญาตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แล้วไทยยังมีแนวความคิดในเรื่องสัญญาสัมปทาน ซึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งได้เหมือนกัน เนื่องจากเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญาที่ได้มีการทำความตกลงระหว่างกันเพื่อดูแลรักษาหรือใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ ให้เกิดผลประโยชน์มากที่สุด โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชน

จะได้ผลประโยชน์ทางการเงินเป็นการตอบแทนในการเข้าไปทำประโยชน์ ในพื้นที่ที่ได้รับสัมปทานจากรัฐอันได้แก่ สัมปทานป่าไม้, สัมปทานปิโตรเลียมและในปัจจุบันนี้รัฐบาลมีแนวโน้มให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายรัฐบาลในด้านการบริการสาธารณะ โดยเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการกิจการด้านบริการสาธารณะร่วมกับรัฐบาล เช่นการให้เอกชนเข้าร่วมในโครงการสร้างถนน เพื่อแก้ไขปัญหาจราจร เนื่องจากปัญหาทางด้านการเงินของรัฐบาล โครงการสร้างถนนดอนเมืองโทลล์เวย์ จึงเกิดมีขึ้นซึ่งเป็นการร่วมทุนระหว่างประเทศไทย-กับเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส กลุ่มผู้ร่วมงาน 3 สัญชาติ ที่ว่าที่ร่วมกันเป็น Consortium ของโครงการนี้คือ บริษัทศรีนครการโยธา บริษัทดิเคเกอร์ฮอฟฟ์ แอนด์ วิก มานน์ แห่งเยอรมนี และบริษัท จีทีเอ็มไอ จากฝรั่งเศส ทำการลงนามในสัญญาให้สัมปทานระหว่างบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์กับกรมทางหลวงเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2532 เนื่องจากกรมทางหลวงเห็นว่าจะต้องใช้งบประมาณในการสร้างทางมากจนรัฐบาล ไม่สามารถที่จะจัดสรรงบประมาณมาได้ในเวลาอันสมควรตามแผนงาน กระทรวงคมนาคมจึงรีบแผนงานแก้ปัญหา โดยเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าว โดยรัฐบาลจะเป็นผู้ให้สัมปทานแก่เอกชนไปดำเนินการเก็บค่าผ่านทางตามที่รัฐบาล เห็นว่าเหมาะสมรวมทั้งจะเป็นการชดเชยในการลงทุนของภาคเอกชนด้วย

หรือในกรณีที่รัฐบาลให้สัมปทานดำเนินงานโครงการโทรศัพท์ 2 ล้านเลขหมายในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑลของบริษัทเทเลคอม เอเชีย คอร์ปอเรชั่น จำกัด (TA) และโครงการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมาย ในส่วนภูมิภาคของบริษัทไทยเทเลโฟน แอนด์ เทเลคอมมิวนิเคชั่นจำกัด (TT & T) ซึ่งแต่เดิมนั้น สัญญาสัมปทานของไทยไม่อยู่ในรูปของ การให้บริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือจะเป็น เรื่องของการจัดผลประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากร - ธรรมชาติ เช่นสัมปทานป่าไม้ สัมปทานปิโตรเลียม โดยรัฐจะมอบหมายให้เอกชนเข้าไปดำเนินการทางด้านเหล่านั้นแทนรัฐ แต่เอกชนจะต้องเสียค่าภาคหลวง

หรือค่าตอบแทนให้แก่ทางรัฐบาล เป็นการตอบแทนตลอดอายุเวลาที่ได้รับสัมปทาน

ในปัจจุบัน นอกจากการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แล้ว เรายังมีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ทำนองเดียวกับข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชนของฝรั่งเศส แต่เรายังมิได้ทำกันอย่างกว้างขวาง เพราะถือว่าเป็นเรื่องของภายในหน่วยงานราชการ และไม่มีกฎหมายเฉพาะมารองรับสัญญาเหล่านี้ จึงต้องใช้บังคับตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นกัน

## บทที่ 2

### ลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศ ที่ยังไม่มีแนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง

#### 2.1 ลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ

แม้จะกล่าวกันโดยทั่วไปว่า ประเทศอังกฤษไม่มีระบบกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะต่างหากจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ท่านอาจารย์ชัชวรินทร์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้มีความเห็นว่าเมื่อพิจารณาสัญญาของฝ่ายปกครองของอังกฤษแล้วเราจะพบได้ว่า มีหลักเกณฑ์บางประการที่แตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน ดังนี้คือ

##### 2.1.1 หลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการทหารและรัฐนั้นเคยมีการวินิจฉัยว่าเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นไปตามหลักกฎหมายเฉพาะ มิใช่เป็นความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา แต่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการพลเรือน ยังมีความเห็นไม่แน่ชัด โดยบางความเห็นเข้าใจว่าสมควรสัมพันธ์ในแง่ของสัญญามากกว่า

##### 2.1.2 หลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ในงานบริการสาธารณะ

แม้ว่าการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนทั่วไป จะมีอยู่แต่บางกรณีศาลก็วินิจฉัยว่าความสัมพันธ์ในการบริการสาธารณะบางประเภท มิใช่เรื่องของสัญญาปกติตามกฎหมายเอกชน เช่นการให้บริการไฟฟ้า, การให้บริการ-

## การโทรศัพท์<sup>(๒๐)</sup>

### 2.1.3 เรื่องการตีความสัญญา

แนวการตีความในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่ใช้เป็นหลักอยู่เสมอได้แก่หลักที่ว่าถ้าข้อความในสัญญามีความเคลือบคลุมแล้ว จะต้องตีความไปในทางให้รัฐเป็นผู้รับภาระ ทั้งนี้เพราะรัฐเป็นผู้จัดทำร่างสัญญาต่างๆ ที่นำมาใช้บังคับ ซึ่งโอกาสและสิทธิที่จะทำให้ข้อความในสัญญามีความหมายชัดเจนอยู่ในการควบคุมของรัฐ

แต่หลักการดังกล่าวนี้ จะไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการเข้าทำสัญญาระหว่างกันนั้น ได้มีการเจรจาโดยเท่าเทียมกัน ในรายละเอียดของเนื้อหาในสัญญาอยู่แล้ว และในกรณีของการให้สิทธินั้น จะใช้ได้เฉพาะที่มีความหมายชัดเจนเท่านั้น และต้องไม่ตีความขยายข้อความที่เคลือบคลุมไปในทางให้สิทธิเพิ่มขึ้น

### 2.1.4 หลักเกณฑ์เรื่องข้อจำกัดอำนาจการทำสัญญา

โดยที่หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ ในการบริหารงานของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ในการเข้าทำสัญญากับบุคคลใดๆ จึงจะมีหน้าที่ต่อทั้งสองฝ่าย หากการมีหน้าที่ในสัญญาที่กระทำไปจะเป็นการขัดขวาง หรือไม่เหมาะสมที่จะปฏิบัติการกิจตามอำนาจหน้าที่ ในการรับผิดชอบต่อสาธารณะแล้ว การขัดกันในหน้าที่ ดังกล่าวจะทำให้หน่วยงานของรัฐ ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปผูกพันหรือทำสัญญาเช่นนั้นได้ เพราะจะทำให้เสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ

ตัวอย่างได้แก่คดีระหว่าง Rederiaktiebolaget Amphitrite

<sup>(๒๐)</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, เอกสารที่ใช้แล้วในเชิงอรรถ(๒๐),

กับตัวแทนรัฐบาลอังกฤษ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 อังกฤษได้ออกแนวทางปฏิบัติ มิให้เรือของชาติที่เป็นกลางเข้ามาในท่าเรือของอังกฤษออกไปจากท่า เว้นแต่จะมีเรือขนาดเดียวกันเข้ามาแทน เจ้าของเรือสวีเดนที่ทำการค้ากับอังกฤษได้ติดต่อกับตัวแทนรัฐบาลอังกฤษในสวีเดน เพื่อให้อำนวยความสะดวก ซึ่งตัวแทนรัฐบาลอังกฤษให้คำมั่นว่าเรือของสวีเดนที่บรรทุกสินค้าที่มีการรับรองแล้วเข้ามาจะไม่มีถูกรุกกักในท่าเรือของอังกฤษ แต่ปรากฏว่าต่อมาเรือถูกกักไว้และได้รับคืนล่าช้า จึงมีการฟ้องร้องขึ้น

ศาลเห็นว่า รัฐบาลจะไปทำสัญญาใดๆ ให้มีผลเป็นการผูกมัดการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐในอนาคตไม่ได้ เพราะเมื่อเป็นหน้าที่ที่ รัฐต้องกระทำ รัฐจะงดเว้นไม่กระทำตามหน้าที่ไม่ได้ สัญญาที่ทำได้จึงเป็นโมฆะและไม่มีผลใช้บังคับ

ตัวอย่างอีกคดีหนึ่งได้แก่ คดีระหว่าง Dowty boaltor paul Ltd. กับWolverhampton corporation มีข้อเท็จจริงว่า หน่วยงานของรัฐให้เอกชนได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินแปลงหนึ่ง ตั้งโรงงานเครื่องบินในปี 1936 พร้อมกับให้สิทธิได้ใช้สนามบินของเทศบาล เพื่อธุรกิจได้เป็นเวลา 99 ปี หรือตราบเท่าที่หน่วยงานของรัฐยังคงดูแลให้ที่ดิน ดังกล่าวเป็นสนามบินของเทศบาล สิ้นสุดแล้วแต่ระยะเวลาใดจะยาวกว่าทั้งนี้โดยสัญญา ถ้าจะไม่ทำการใดให้กระทบกระเทือนสิทธิของเอกชนผู้นั้น

ต่อมาในปี 1970 หน่วยงานของรัฐเปลี่ยนใจ โดยเห็นว่าที่ดินบริเวณสนามบินควรต้องจัดให้เป็นแหล่งที่อยู่อาศัย จึงไม่ต่อใบอนุญาตสนามบินให้อีกต่อไป ศาลเห็นว่าการทำสัญญาดังกล่าวเป็นการผูกมัดการใช้อำนาจหน้าที่ตามความรับผิดชอบของหน่วยงานแห่งนั้น ที่มีต่อประโยชน์สาธารณะสัญญาดังกล่าวจึงใช้บังคับไม่ได้ เสมือนไม่ได้มีสัญญาต่อกัน

### 2.1.5 หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจพิเศษในความสัมพันธ์ทางสัญญา

โดยหลักแล้วประเทศที่มีระบบกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ จะให้รัฐมีเอกสิทธิ์บางประการแตกต่างไปจากตามสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างเอกชน เช่นมีการออกคำสั่งควบคุม ให้มีการปฏิบัติตามสัญญา, การให้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ได้แต่เพียงฝ่ายเดียว, การให้อำนาจบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แม้จะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญา รวมถึงการให้อำนาจในการเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น

แต่ในประเทศอังกฤษ จะไม่มีหลักกฎหมายเช่นนี้ อย่างไรก็ตามเมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะที่จะต้องดำเนินการแนวทางของระบบกฎหมาย จึงมีการพัฒนาไปอีกแบบหนึ่ง ทำให้มีหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติที่คล้ายคลึงกันอยู่ในระดับหนึ่ง และโดยที่กระทรวงการคลังมีฐานะเป็นผู้ควบคุมการใช้จ่ายเงินกระทรวงการคลัง จึงกลายเป็นองค์กรกลาง ในการควบคุมด้วยวิธีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา เพิ่มขึ้นให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับที่จะปฏิบัติตามทำให้เกิดผลปฏิบัติ ทำนองเดียวกับประเทศที่มีหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครอง สิทธิหน้าที่ต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐจะมีบรรจุอยู่ในแบบสัญญาที่ทางราชการจัดทำขึ้น

และในปัจจุบันนี้ได้มีข้อกำหนด Procurement Policy Committee ที่กระทรวงการคลังจัดตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนดแบบฟอร์มและข้อความในสัญญาของทางราชการ กรณีจึงเป็นการนำมาตรการทางกฎหมายเอกชนมาใช้ให้บรรลุผลในเรื่องทำนองเดียวกัน ดังนั้นในอังกฤษอำนาจของรัฐ อันได้แก่ การออกคำสั่งควบคุมคู่สัญญา, การเปลี่ยนสัญญาแต่ฝ่ายเดียว การบังคับให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปและการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว จึงมีอยู่เช่นกันในทางปฏิบัติทั้งนี้ รวมถึงการบังคับให้ปฏิบัติ เพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นการให้ความเป็นธรรมในเรื่องแรงงาน, การใช้สิ่งของที่เป็นผลิตภัณฑ์ในประเทศ และการบังคับให้ยุติข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจาไกล่เกลี่ยเป็นคดีความในศาลหลักต่างๆ เหล่านี้ จึงเกิดขึ้นทางปฏิบัติ และมีหลักเกณฑ์เฉพาะนอกวิธีการศาล<sup>(30)</sup>

(30) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, เอกสารที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ(20),

### 2.1.6 หลักเกณฑ์ เรื่องการเยียวยาในสัญญาทางปกครอง

แม้จะมีกฎหมายอนุญาตให้มีการฟ้องร้องรัฐได้ก็ตาม แต่ตามเงื่อนไขในกฎหมาย Crown proceedings Act, 1947 นั้นมีเงื่อนไขบางอย่างที่แตกต่างไปจากการบังคับ เพื่อการเยียวยาระหว่างเอกชน เพราะศาลไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งบังคับให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง และไม่ออกคำสั่งห้ามการกระทำแก่หน่วยงานของรัฐ ศาลคงได้แต่มีคำพิพากษาแสดงความมีอยู่ของสิทธิเท่านั้น และศาลมีสิทธิที่จะพิพากษาให้ค่าเสียหายได้ แต่จะมีคำสั่งให้ต้องจ่ายเงินไม่ได้

อย่างไรก็ตาม การจ่ายค่าเสียหายเหล่านี้ขึ้นอยู่กับการขอตั้งงบประมาณเพื่อจะชดใช้ต่อไป การจะได้รับอนุมัติเงินเรื่องใดขึ้นอยู่กับรัฐสภาจะจ่ายให้ได้ และไม่ว่ากรณีใดๆ ศาลจะมีคำสั่งในทางทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ได้ โดยจะสั่งให้มีการยึดอายัดหรือสั่งให้ต้องชดใช้ไม่ได้

#### บทวิเคราะห์ แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในประเศอังกฤษ

จากหลักเกณฑ์ เรื่องลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครองของอังกฤษดังกล่าวข้างต้น ท่านอาจารย์ชัชวาลน์ ได้มีความเห็นว่า แม้หลักกฎหมายเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองของอังกฤษยังไม่สมบูรณ์อยู่มาก การยุติข้อพิพาทส่วนใหญ่จะใช้วิธีการเจรจา กัน ทำให้ปัญหาต่างๆ บรรเทาไปได้ และระบบกฎหมายของอังกฤษมีความยืดหยุ่นอยู่มาก กล่าวคือข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นแม้ว่ารัฐจะไม่ต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา แต่ถ้าหากเห็นได้ชัดว่าคู่กรณีต้องเสียหาย โดยไม่เป็นธรรมในการที่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐ อังกฤษจะมีวิธีการให้ค่าชดเชยพิเศษนอกเหนือจากกฎหมาย โดยวิธีการเยียวยา เช่นนี้กระทรวงการคลังจะเป็นผู้คอยดูแลทั่วไป และนอกจากนี้ ยังมีการมอบอำนาจให้หน่วยงานต่างๆ ของรัฐ จ่ายค่าชดเชยพิเศษได้ตามอัตราที่กำหนดซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละหน่วยงาน<sup>(31)</sup>

เมื่อพิจารณาแนวความคิดในเรื่องนี้แล้ว เห็นว่า แม้อังกฤษจะไม่มี

<sup>(31)</sup> ชัชวาลน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, เอกสารที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ(20),

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองใช้เหมือนกับประเทศไทย แต่อังกฤษก็มีลักษณะเฉพาะของสัญญาที่ทำระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนแตกต่างจากของไทย โดยเฉพาะหลักเรื่องการเยียวยาความเสียหายแก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหาย ทำให้เกิดความเป็นธรรมได้

## 2.2 ลักษณะบางประการของสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

ในประเทศไทย ไม่มีหลักกฎหมายปกครองโดยเฉพาะหลักเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง เราจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใช้บังคับ โดยเฉพาะเจาะจงที่จะมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ในสัญญาที่ทำขึ้น ระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐคู่สัญญา ศาลจะเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดี ให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมจะแสดงบทบาทในฐานะผู้ใช้อำนาจตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมาย โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป ตามระบอบประชาธิปไตยเพื่อดำรงคุณธรรม และเจตนารมณ์ของกฎหมายแห่งรัฐสภา ซึ่งศาลจะวินิจฉัยชี้ขาดคดี เมื่อมีผู้โต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครอง<sup>(๓๒)</sup> และศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยปัญหาที่ต้องการความรู้ ความเชี่ยวชาญพิเศษ โดยเฉพาะด้าน ซึ่งองค์กรฝ่ายตุลาการมีดุลพินิจอันเป็นอิสระ

หน่วยงานราชการ หรือองค์กรฝ่ายปกครอง มิใช่บุคคลธรรมดา การกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ย่อมแสดงออกได้โดยเจ้าพนักงาน เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับหน่วยงานราชการ อันเนื่องมาจากการกระทำนั้น ศาลยุติธรรมย่อมมีหน้าที่คุ้มครอง และประกันสิทธิของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 46 อาศัย อำนาจตามมาตราดังกล่าว รับฟ้องบรรดาอรรถคดีที่ประชาชน ยกขึ้นว่ากล่าวแล้ววินิจฉัยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายมิอาจปฏิเสธสิทธิประชาชน และปล่อยให้องค์กร ฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปตามลำพัง โดยปราศจากการตรวจสอบได้

<sup>(๓๒)</sup> ตามมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า "สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ ซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบ เนื่องจากการกระทำของเจ้าพนักงานย่อมได้รับการคุ้มครอง"

คดีปกครองที่ศาลยุติธรรมรับวินิจฉัยศาลยุติธรรมรับพิจารณาพิพากษา  
คดีปกครองอย่างกว้างขวาง โดยอาศัยหลักทั่วไป แห่งอำนาจตุลาการตีความ  
กฎหมายที่ใช้อาศัยอยู่กล่าวคือ

ก. บทบัญญัติใดที่มีผล เป็นการตัดหรือจำกัดสิทธิ ของประชาชนที่จะ  
นำคดีปกครองขึ้นสู่ศาลย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ข. ในการตีความบทบัญญัติที่บัญญัติ ให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรี เป็น  
ที่สุดก็ดี คำชี้ขาดของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์เป็นที่สุดก็ดี จะต้องตีความ  
ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญกล่าวคือ คำว่า "เป็นที่สุด" นั้นหมายถึง ที่สุดใน  
ชั้นบริหารเท่านั้น ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิยังมีสิทธิ เสนอคำฟ้องต่อศาลได้<sup>(๓๓)</sup>

ค. การอุทธรณ์ ภายในอำนาจบริหาร (ฝ่ายปกครอง) มีลักษณะ  
เป็นเงื่อนไขบังคับผู้ถูกระทบสิทธิ จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในอำนาจบริ-  
หาร (ฝ่ายปกครอง) จนถึงที่สุดก่อนจะนำคดีปกครองมาสู่ศาล เว้นแต่มีบทบัญญัติ  
ไว้ชัดแจ้งว่าให้ ข้ามขั้นตอนอุทธรณ์ภายในดังกล่าวได้

ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหารของไทย อีกอย่างหนึ่ง ซึ่ง  
ไม่มีลักษณะบังคับคือ การร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตามพระ-  
ราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

(๓๓) คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510, 2523/2525

นี้เป็นองค์กรฝ่ายบริหาร โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจสั่งการตามที่เห็นสมควร โดยไม่ผูกพันตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ตามมาตรา 49 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว องค์กรที่วินิจฉัย คำร้องทุกข์ดังกล่าว จึงไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยคดีปกครองตามนัยมาตรา 46 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2524

ในทางวิชาการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน กล่าวได้ว่า การวินิจฉัยคำร้องทุกข์นี้ เป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ภายในอำนาจบริหารในส่วนขององค์กรรัฐบาลที่ใช้อำนาจปกครอง มิใช่ทางการเมือง ลักษณะทางกฎหมายของการวินิจฉัยคำร้องทุกข์ จึงเป็นประเภทเดียวกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของรัฐมนตรี หรือของคณะกรรมการต่างๆ หรือของอธิบดี

ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาล จึงไม่ได้แยกแนวความคิดทางกฎหมายปกครองเป็นพิเศษออกจากกฎหมายเอกชน และด้วยเหตุนี้จึงพิจารณาสีทธิของประชาชนตามกฎหมายปกครองว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในทางแพ่งและจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง โดยการใช้กฎหมายที่มีอยู่ คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐมีเจตนาตราขึ้นใช้บังคับเป็นระเบียบหรือกฎเกณฑ์ เพื่อจัดระบบความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน เช่น ถ้าบุคคลหนึ่งจะต้องเข้าทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง จะต้องทำตามแบบ หรือเงื่อนไขใดบ้าง บทกฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายแพ่ง (เอกชน) คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รัฐจะเข้าบังคับใช้กฎหมายแพ่งให้เกิดสภาพบังคับขึ้นด้วยการจัดตั้งศาลให้เข้ามาคอยตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เมื่อมีปัญหาขัดแย้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เจ้าหน้าที่ของรัฐคือผู้พิพากษาจะพิจารณาก็คือแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเป็นมาอย่างไร เจ้าหน้าที่ของรัฐบังคับการให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และบทบัญญัติของกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้นพอสรุปได้ว่า เมื่อเอกชนเห็นว่าตนได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย อันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐก็สามารถร้องทุกข์ ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทได้ก่อนตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 <sup>(34)</sup> ถือเป็นขั้นตอนภายในของฝ่ายบริหารและเมื่อเอกชนเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกรณีดังกล่าวก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลอีก โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเหล่านั้นได้

ดังนั้นลักษณะเฉพาะบางประการของหลักในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง จึงเห็นได้จากคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีหนึ่งกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งมีหัวข้อใหญ่ๆ ดังต่อไปนี้

### 2.2.1 หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา

สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนคู่สัญญาอันได้แก่ สัญญาซื้อขาย, สัญญาจ้าง, สัญญาเช่า ฯลฯ นั้น <sup>(35)</sup> เมื่อปรากฏว่าเอกชนคู่สัญญาไม่ลงมือปฏิบัติงาน, ปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลที่สามดำเนินการแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐคู่สัญญานั้น หน่วยงานของรัฐมีอำนาจดังต่อไปนี้

#### (1) ปรับ

ในสัญญาซื้อขาย เมื่อครบกำหนดส่งมอบสินค้าตามสัญญาแล้ว เอกชนผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าที่ตกลงขายให้แก่ผู้ซื้อหรือส่งมอบสินค้าไม่ถูกต้อง ถ้าผู้ซื้อยังไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาผู้ขายยินยอมให้ผู้ซื้อปรับเป็นรายวัน ในอัตราร้อยละ...

<sup>(34)</sup> อนุมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

<sup>(35)</sup> อัยการสูงสุด, สำนักงาน. "ร่างสัญญาต่างๆ" กรุงเทพมหานคร

ของราคาสินค้าที่ยังไม่ได้ส่งมอบจนถึง วันที่ผู้ขายทำการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ โดยถูกต้องครบถ้วน การคิดค่าปรับในกรณีสินค้าที่ตกลงซื้อขาย ประกอบกัน เป็นชุดแต่ผู้ขายส่งมอบขาดส่วนประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดไป ทำให้ไม่สามารถใช้- การได้ โดยสมบูรณ์ให้ถือว่ายังไม่ได้ส่งมอบสิ่งของนั้นเลยและให้คิดค่าปรับจาก ราคาสินค้าเต็มทั้งชุด

หรือในกรณีสัญญาจ้าง หากผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จ ตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และผู้ว่าจ้างยังมิได้บอกเลิกสัญญา ผู้รับจ้างจะ ต้องชำระค่าปรับให้แก่ผู้ว่าจ้างเป็นจำนวนวันละ...บาท และจะต้องชำระค่า ใช้จ่ายในการควบคุมงานในเมื่อผู้ว่าจ้าง ผู้ควบคุมงานอีกต่อหนึ่งเป็นจำนวน- วันละ...บาท นับถัดจากวันที่กำหนดแล้วเสร็จตามสัญญา หรือวันที่ผู้ว่าจ้างได้ ขยายให้จนถึงวันที่ทำงานแล้วเสร็จจริง

หรือกรณีสัญญาแลกเปลี่ยน เมื่อปรากฏว่าครบกำหนดเวลาส่งมอบสิ่ง ของตามสัญญาแล้ว แต่ผู้รับแลกเปลี่ยนไม่ส่งมอบสิ่งของที่ตกลงแลกเปลี่ยนให้แก่ ผู้ให้แลกเปลี่ยน หรือส่งมอบสิ่งของไม่ถูกต้องหรือส่งมอบสิ่งของไม่ครบจำนวน ผู้ ให้แลกเปลี่ยนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ และถ้าผู้ให้แลกเปลี่ยนไม่ใช่สิทธิบอกเลิก สัญญา ผู้รับแลกเปลี่ยนจะต้องชำระค่าปรับให้แก่ผู้ให้แลกเปลี่ยนเป็นรายวันใน อัตราร้อยละ....(....%) (ตามอัตราที่จะกำหนดไว้ในสัญญา) ของราคาสิ่ง ของที่ยังไม่ได้รับมอบนับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดตามสัญญา จนถึงวันที่ผู้รับแลกเปลี่ยนได้นำสิ่งของมาส่งให้แก่ผู้ให้แลกเปลี่ยนจนถูกต้องครบถ้วน

การคิดค่าปรับ ในกรณีสิ่งของที่ตกลงแลกเปลี่ยนประกอบกันเป็นชุด แต่ผู้รับแลกเปลี่ยนส่งมอบขาดส่วนประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดไป ทำให้ไม่สามารถ ใช้การได้โดยสมบูรณ์ ให้ถือว่ายังไม่ได้ส่งมอบสิ่งของนั้นเลย และให้คิดค่าปรับ จากราคาส่งของเต็มทั้งชุด

หรือในสัญญาเช่า เมื่อมีการปฏิบัติผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใด แต่ผู้เช่า ไม่ใช่สิทธิบอกเลิกสัญญา ผู้ให้เช่าจะต้องชำระค่าปรับให้ผู้เช่าเป็นรายวันในอัตราร้อยละ....(....%) ของราคาทรัพย์สินที่ยังไม่ได้รับมอบนับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดส่งมอบตามสัญญาจนถึงวันที่ผู้ให้เช่าได้นำทรัพย์สินมาส่งมอบ

ซึ่งมีกฎหมายมาตรา 379 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "ค่าปรับ" คือ "ค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทน ความเสียหาย ซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้า โดยลูกหนี้ให้สัญญาว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ ให้ถูกต้องตามสมควรให้เจ้าหนี้ริบ หรือเรียกเอาเบี้ยปรับนั้นได้ กรณีการชำระหนี้เป็นการงดเว้นการอันใดอันหนึ่ง เมื่อลูกหนี้ฝ่าฝืนกระทำเมื่อใด เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิริบเบี้ยปรับได้นับแต่นั้น" กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้อง เพราะความผิดของลูกหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับได้ เห็นได้จาก :-

- แนวคำพิพากษาของศาล

ศาลยุติธรรมได้เคยมีคำพิพากษาในเรื่องเบี้ยปรับนี้ว่า เบี้ยปรับคือ ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญา อันอาจมีหรือเกิดขึ้นจากคู่สัญญา ฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งประพฤติผิดสัญญา เพื่อให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาชดเชยให้แก่ฝ่ายที่ได้ผิดสัญญา แต่ก็มีได้บังคับโดยเด็ดขาด ว่าจำนวนเบี้ยปรับจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหากจำนวนเบี้ยปรับนั้นสูงเกินส่วน ศาลอาจใช้ดุลพินิจ ลดจำนวนเบี้ยปรับตามสัญญาลงได้โดยพิจารณา ทางได้ทางเสียของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ทุกอย่าง อันชอบด้วยกฎหมาย (๓๘)

(๓๘) คำพิพากษาศาลฎีกา 1281/2533, 2866/2526, 2338/2525, 899/2525, 3210/2528, 3109/2528

กรณีสัญญาจ้างทำถนนโดยกำหนดเวลาที่ต้องทำให้เสร็จ ถ้าทำช้ากว่ากำหนดให้ปรับวันละ 500 บาท หรือผู้จ้างจะบอกเลิกสัญญาก็ได้ และมีข้อสัญญาไว้อีกข้อหนึ่ง ว่าผู้ว่าจ้างจะบอกเลิกสัญญาเสียเมื่อใดก็ได้ โดยต้องบอกกล่าวล่วงหน้า 15 วัน ครั้นผู้รับจ้างทำไม่เสร็จตามกำหนดได้ขยายเวลาต่อไป และตกลงยอมเสียค่าปรับวันละ 700 บาท แทนอัตราอันละ 500 หากทำไม่เสร็จตามกำหนดเวลาที่ขยายออกไป ผลที่สุดก็ทำไม่เสร็จตามกำหนดเวลาที่ขยายให้ดังนั้นหาทำให้ลัทธิที่จะบอกเลิกสัญญาหมดไปไม่ และกรณีเช่นนี้ไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า 15 วัน เพราะกำหนดลัทธิที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้านั้น หมายถึงบอกเลิกในระหว่างอายุสัญญา (37)

ในสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง หอพักนักศึกษาแพทย์คณะแพทยศาสตร์ศิริราชกับห้างหุ้นส่วนจำกัดสี่ประดิษฐ์กับพวกนั้น ปรากฏว่า เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญากับจำเลยผู้รับเหมาก่อสร้างลงแล้วทำให้สัญญาจ้างระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นอันระงับลง โจทก์และจำเลยจำต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แม้สัญญาจ้างเหมา ทำการก่อสร้างจำกัดให้จำเลยต้องรับผิดชอบชำระค่าปรับแก่โจทก์จนกว่างานก่อสร้างจะแล้วเสร็จ ก็ตามโจทก์ก็ห้ามมีลัทธิที่จะได้รับเงินค่าปรับนั้นอีกต่อไปไม่เนื่องจากสัญญาดังกล่าวได้ระงับลงแล้ว (38)

หรือในกรณีการผิดสัญญา ซึ่งกรมสรรพสามิตทำสัญญาให้ ผู้ผลิตสุรา เสียค่าธรรมเนียมนิเศษตามรายเทก่อนส่งสุราออกจากโรงงาน นอกเหนือจากภาษีสุราตามพระราชบัญญัติ สุรา พ.ศ. 2493 เมื่อทำสุราออกไม่ครบจำนวน ต้องเสียค่าปรับตามรายเท ผู้ผลิตสุราเสนอให้ค่าธรรมเนียมนิเศษ เพื่อได้รับประมูลเอง ไม่ใช่กรมสรรพสามิตเรียกร้องกำหนดอัตราขั้นต่ำไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่เป็นพันวิสัยไม่เป็นโมฆะไม่ต้องออกเป็น

(37) คำพิพากษาฎีกา 1364/2503

(38) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 758/2530

กฎกระทรวง กรมสรรพสามิตปรับตามจำนวนที่โรงงานผลิตสุราไม่ครบจำนวนได้

- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์ได้วินิจฉัยในเรื่องคำปรับไว้ว่า ตามสัญญาก่อสร้างอาคารเรียนวิทยาลัยครูอุบลราชธานี ซึ่งผู้ร้องทุกข์ได้ทำสัญญากับการฝึกหัดครู ในระหว่างดำเนินการก่อสร้างผู้ร้องทุกข์พบอุปสรรคหลายประการ เป็นเหตุให้ผู้ร้องทุกข์ ไม่อาจส่งมอบงานได้ตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาจึงถูกกรมการฝึกหัดครูปรับวันละ 6,710 บาท รวมเป็นเงินจำนวน 382,470 บาทนั้น แต่กรณีปรากฏว่ากรมการฝึกหัดครูได้รับการพิจารณาต่ออายุสัญญาให้แก่ผู้ร้องทุกข์ ทำให้ผู้ร้องทุกข์มีสิทธิได้รับเงินค่าปรับคืน จากการที่ได้มีการอนุมัติให้ผู้ร้องทุกข์ต่ออายุสัญญาออกไปได้<sup>(๓๐)</sup>

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล และแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์แล้วจะพบว่า เป็นไปตามหลักกฎหมายเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้องก็จะถูกหน่วยงานราชการฟ้องเรียกค่าปรับได้

(2) สิ่งให้มีการชดเชยค่าเสียหาย

ตัวอย่างเห็นได้จากสัญญาซื้อขายกำหนดว่า เมื่อผู้ขายไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใดด้วยเหตุใดๆ ก็ตามจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อแล้วผู้ขายยินยอมรับผิดชอบ และยินยอมชดเชยค่าเสียหาย อันเกิดจากการที่ผู้ขายไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นให้แก่ผู้ซื้อโดยสิ้นเชิง ภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแจ้งจากผู้ซื้อ

<sup>(๓๐)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 37/2527 เรื่องห้างหุ้นส่วน จำกัดศิริคุณก่อสร้าง ขอให้กรมการฝึกหัดครูคืนเงินค่าปรับกรณีการก่อสร้างวิทยาลัยครู อุบลราชธานี", 23 เมษายน 2527.

หรือในกรณีสัญญาจ้าง ถ้าผู้ว่าจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ว่าจ้างแล้ว ผู้รับจ้างจะขอรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการที่ผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญาให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยสิ้นเชิง นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้ว่าจ้างนำสืบได้ว่าเป็นการกระทำของผู้รับจ้าง ซึ่งเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ หรือมิได้ใช้ความรู้ที่เหมาะสมในการควบคุมงานตามสัญญาจ้าง ผู้รับจ้างจะต้องรับหากทางแก้ไขให้เป็นที่เรียบร้อยโดยไม่คิดค่าตอบแทนใดๆ และถ้าผู้รับจ้างหลีกเลี่ยงหรือบิดพลิ้วไม่หาทางแก้ไขให้เป็นที่เรียบร้อยภายในกำหนดเวลา ผู้รับจ้างจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรง รวมทั้งส่วนที่เกี่ยวข้องอันเกิดจากความเสียหายดังกล่าวนี้ด้วย

หรือในกรณีสัญญาแลกเปลี่ยน เมื่อปรากฏว่าผู้รับแลกเปลี่ยนไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่งไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้แลกเปลี่ยนแล้วผู้รับแลกเปลี่ยนขอรับผิดชอบและยินยอมชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการที่ผู้รับแลกเปลี่ยนไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น ให้แก่ผู้แลกเปลี่ยน โดยสิ้นเชิง ภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้ให้แลกเปลี่ยน โดยให้นับวันที่ได้รับแจ้งเป็นวันเริ่มต้น การชดใช้ค่าเสียหายนี้จะรวมถึงในกรณีที่ผู้รับแลกเปลี่ยนไม่ส่งมอบสิ่งของที่ตกลงแลกเปลี่ยนให้แก่ผู้ให้แลกเปลี่ยน หรือส่งมอบสิ่งของทั้งหมดไม่ถูกต้องหรือส่งมอบสิ่งของไม่ครบจำนวน

หรือในสัญญาเช่า หากพบว่าผู้ให้เช่าไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เช่าแล้ว ผู้ให้เช่าต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เช่าโดยสิ้นเชิงภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้เช่า

หลักกฎหมายในเรื่องนี้มีอยู่ว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้

ค่าเสียหายได้<sup>(40)</sup> ดังนั้น สัญญาที่ทำให้ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญา นั้นถ้าปรากฏว่า เอกชนไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาแล้ว เช่น ไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้ หน่วยงานของรัฐก็สามารถใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นสั่งบังคับให้เอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาชดใช้ค่าเสียหายได้

- แนวคำพิพากษาของศาล

ตามสัญญาจ้างจำเลยทำพัสดุ ระหว่างกองทัพเรือกับบริษัทสยามปิโน ซัพพลาย จำกัด จะพบว่าการเรียกค่าเสียหายในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิปรับผู้รับจ้างเป็นรายวันแล้ว ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย อันเกิดจากการปฏิบัติงานล่าช้าดังกล่าวได้<sup>(41)</sup>

หรือในกรณีสัญญาจ้างเหมาระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัท บี.ที.ซี. อุตสาหกรรมและพาณิชย์การ จำกัด กับพวก ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยว่า โจทก์ได้ทำสัญญาว่าจ้างให้จำเลย กับ บริษัทกองช่าง คอนสตรัคชั่น จำกัด ร่วมกันทำการก่อสร้างทางสายหนองจางสว่างอารมณ์-ลาดยาว โดยเริ่มลงมือก่อสร้างวันที่ 1 กรกฎาคม 2523 ครบกำหนดสิ้นสุดสัญญาวันที่ 31 มีนาคม 2525 โดยมีบริษัท หลุยเบอ์เจอร์ อินเตอร์เนชั่นแนลอิงค์ จำกัด กับบริษัท เอเซีย-เอนจิเนียริง คอนซันแตนท์ จำกัด เป็นผู้ควบคุมการก่อสร้าง เมื่อปรากฏว่าจำเลยผิดสัญญาว่าจ้าง ซึ่งโจทก์ได้บอกเลิกสัญญานั้นแล้ว<sup>(42)</sup>

เมื่อจำเลยเป็นฝ่ายผิดนัดผิดสัญญาทำให้โจทก์เสียหาย จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างจำเลยผิดสัญญานั้น

<sup>(40)</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215

<sup>(41)</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 758/2530

<sup>(42)</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1762/2534

หรือในสัญญาซื้อขายตลอดเครื่องรับส่งวิทยุให้โจทก์ ถ้าผู้ขายละเลยเสียไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาข้อหนึ่งข้อใด กล่าวคือ ผู้ขายไม่นำตลอดเครื่องรับวิทยุที่ขายตามสัญญามาส่งให้เป็นการถูกต้องครบถ้วนภายในกำหนด ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อแล้วผู้ซื้อเรียกค่าเสียหายได้ (43)

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วจะพบว่า เมื่อเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติการตามสัญญาได้ ก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หน่วยงานราชการ

(3) จัดหาบุคคลอื่นเข้าทำแทน โดยให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายให้ทั้งหมด เช่น กรณีสัญญาจ้างพิมพ์แสตมป์สุรา หากพบว่าผู้รับจ้างส่งมอบแสตมป์สุราช้ากว่ากำหนดไว้ตามสัญญา และผู้ว่าจ้างได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้รับจ้างยินยอมให้ผู้ว่าจ้างเรียกเอาค่าจ้างที่เพิ่มขึ้น เพราะจ้างบุคคลอื่นพิมพ์แสตมป์ตามสัญญาจนแล้วเสร็จสมบูรณ์

กรณีสัญญาจ้างมีการกำหนดว่า เมื่อปรากฏว่าผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลาตามสัญญาจ้าง หรือมีเหตุให้เชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาหรือล่วงกำหนดเวลาแล้วเสร็จบริบูรณ์ไปแล้วก็ดี หรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใดก็ดี หรือตกเป็นผู้ล้มละลาย หรือเพิกถอนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตรวจการจ้างหรือผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าจ้าง นอกจากผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้วยังมีอำนาจจ้างผู้อื่นเข้าทำงานแทนตามสัญญาจ้างนี้ได้ด้วย

หรือในสัญญาซื้อขาย หากปรากฏว่าสินค้าตามสัญญาซื้อขายเกิดชำรุดบกพร่องหรือขัดข้อง ผู้ขายจะต้องนำสินค้ามาเปลี่ยนให้ใหม่ หรือจัดการซ่อมแซม แก้ไขให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดังเดิม และถ้าหากผู้ขายไม่ทำการซ่อมแซมหรือแก้ไขสินค้าเหล่านั้น ให้อยู่ในสภาพดี หรือเปลี่ยนให้ใหม่ซึ่งสินค้าที่พบว่า

(43) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2757/2526 , 3109/2528

มีการชำระบงพร่อง ภายในกำหนดเวลา ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะดำเนินการเปลี่ยน ซ่อมแซม หรือแก้ไขเอง หรือให้ผู้อื่น ดำเนินการโดยผู้ขายจะต้องเป็นผู้ออก ค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นและถ้าผู้ซื้อจัดซื้อสิ่งของจากบุคคลอื่นเต็มจำนวน หรือเฉพาะจำนวนที่ขาดส่ง แล้วแต่กรณีภายในกำหนด... เดือน นับแต่วันบอกเลิกสัญญา ผู้ขายจะต้องชดใช้ราคาที่เพิ่มขึ้นจากราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ด้วย

หลักในเรื่องนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 213 ซึ่งถือเป็นอำนาจบังคับชำระหนี้ กล่าวคือถ้าปรากฏว่าลูกหนี้ละเลยเสีย ไม่ชำระหนี้ของตนในหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้ จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอก กระทำการอันนั้น โดยให้ลูกหนี้ เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้

#### - แนวคำพิพากษาของศาล

กรณีพิพาทตามสัญญาซื้อขาย ระหว่างกรมทรัพยากรธรณีกับห้างหุ้นส่วน จำกัด ซี แอนด์ เอส เอนจิเนียริ่งซึ่งพยายว่า ตามสัญญาซื้อขายดังกล่าว ปรากฏว่าจำเลยส่งมอบสินค้าซึ่งไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ของบริษัทลองเยียร์ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญากับจำเลยแล้ว โจทก์ได้จัดซื้ออุปกรณ์การเจาะอย่างเดียวกับที่เคยทำสัญญาซื้อขายให้กับจำเลยใหม่ โดยซื้อจากบริษัท ก. เป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย ต้องใช้ราคาเพิ่มขึ้นจาก สัญญาซื้อขายที่ทำกับจำเลย เป็นเงิน 208,725 บาท โจทก์จึงสามารถเรียกค่าเสียหายที่ต้องซื้อสินค้า ซึ่งจำเลยไม่ส่งมอบตามสัญญาแพ่งขึ้น และเรียกเบี้ยปรับตามสัญญาจากจำเลยได้

การที่จำเลยต้องรับผิดชอบชดใช้ราคาที่เพิ่มขึ้นนี้ หากจำต้องรอให้การซื้อขายรายหลังมีการส่งมอบสิ่งของ และชำระราคาซื้อขายกันตามสัญญาเสีย

ก่อนไม่<sup>(๔๔)</sup>

นอกจากนี้ การจัดซื้อของใหม่ทดแทนสิ่งของที่มีคุณภาพดีกว่าเดิม  
ไม่ก็ได้ เพราะจะเป็นการได้เปรียบ และไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี<sup>(๔๕)</sup>

หรือในสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง<sup>(๔๖)</sup> ถ้าปรากฏว่าจำเลยปฏิบัติ  
การไม่เป็นไปตามสัญญาหรือกระทำผิดสัญญาแล้วทำให้โจทก์ ซึ่งเป็นหน่วยราช-  
การต้องประมุลงานใหม่ โดยจ้างบริษัท ประยูร วิศวกรช่าง จำกัด สร้าง  
ทางพิพาทต่อจากจำเลย โจทก์ต้องจ้างวิศวกรที่ปรึกษาตอบให้คำแนะนำควบคุม  
งานต่อไปจนเสร็จ จึงเป็นผลโดยตรงจากการที่จำเลยผิดสัญญาจำเลยต้องรับผิดชอบ  
ในความเสียหายส่วนนี้ด้วย และถ้าสัญญาดังกล่าวมีผู้ค้ำประกันด้วยแล้ว เมื่อ  
จำเลยตกเป็นผู้ผิดสัญญาต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ จำเลยที่ 2 ซึ่งอยู่ในฐานะผู้ค้ำ -  
ประกัน ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ตามสัญญาค้ำประกันที่ทำไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาแล้วพบว่า เป็นไปตามหลักกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวว่าเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็น  
การกระทำอันใดอันหนึ่ง เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลบังคับให้บุคคลภายนอกชำระหนี้  
แทนและให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายได้

#### (4) การบอกเลิกสัญญา

ตัวอย่างจากข้อกำหนดในสัญญาซื้อขายกล้าไม้ ระหว่างหน่วยงานรัฐ  
กับเอกชนคู่สัญญา มีข้อกำหนดในสัญญาว่า เมื่อครบกำหนดส่งมอบกล้าไม้ตาม  
สัญญาแต่ละงวด ถ้าผู้ขายไม่ส่งมอบกล้าไม้ที่ตกลงไว้ให้แก่ผู้ซื้อ หรือส่งมอบไม่  
ถูกต้อง หรือส่งมอบไม่ครบจำนวน ไม่ว่างวดใดงวดหนึ่ง ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิก  
สัญญาได้

(๔๔) คำพิพากษาศาลฎีกา 2163/2532

(๔๕) คำพิพากษาศาลฎีกา 227/2529

(๔๖) คำพิพากษาศาลฎีกา 1762/2534

หรือในกรณีสัญญาแลกเปลี่ยน การบอกเลิกสัญญานี้จะใช้ในกรณีเมื่อครบกำหนดส่งมอบสิ่งของตามสัญญาแลกเปลี่ยนแล้ว แต่ผู้รับแลกเปลี่ยนไม่ส่งมอบสิ่งของที่ตกลงแลกเปลี่ยนให้แก่ผู้ให้แลกเปลี่ยน หรือส่งมอบสิ่งของทั้งหมดไม่ถูกต้อง หรือส่งมอบสิ่งของไม่ครบจำนวน ผู้ให้แลกเปลี่ยนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

หรือกรณีสัญญาจ้างการบอกเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ถ้าผู้ว่าจ้างเห็นว่า ผู้รับจ้างมิได้ปฏิบัติงานด้วยความชำนาญ หรือด้วยความเอาใจใส่ในวิชาชีพ หรือมิได้ปฏิบัติตามข้อสัญญา และเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญานี้ ในกรณีเช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะบอกกล่าวให้ทราบถึงเหตุผลที่จะบอกเลิกสัญญา ถ้าผู้รับจ้างมิได้ดำเนินการแก้ไขให้ผู้ว่าจ้างพอใจ ภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำบอกกล่าว ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยส่งคำบอกกล่าวแก่ผู้รับจ้าง

การบอกเลิกสัญญานี้อาจเกิดขึ้นได้ ในกรณีที่ผู้รับจ้างส่งมอบงานล่าช้ากว่าวันที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้าง แต่ผู้ว่าจ้างมิได้บอกเลิกสัญญากลับยินยอมให้ผู้ว่าจ้างปรับนับแต่วันที่ล่วงเลยกำหนดแล้วเสร็จตามสัญญาและในระหว่างที่มีการปรับนี้ ถ้าผู้ว่าจ้างเห็นว่า ผู้รับจ้างไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

หรือในกรณีที่ผู้รับจ้างไม่จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง ผู้รับจ้างยอมให้ผู้ว่าจ้างเอาเงินค่าจ้างที่ผู้ว่าจ้างจะต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้างของผู้รับจ้างได้ ให้ถือว่า เป็นเงินจำนวนที่จ่ายไปนี้เป็นเงินค่าจ้างที่ผู้รับจ้างได้รับจากผู้ว่าจ้างแล้ว และยังถือว่าผิดสัญญาจ้างด้วย ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเสียทั้งหมดได้

หรือในกรณีการเช่ามีข้อกำหนดว่า เมื่อครบกำหนดติดตั้ง หรือส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาเช่าแล้ว ถ้าผู้ให้เช่าไม่ติดตั้งหรือส่งมอบบางรายการ หรือทั้งหมดให้แก่ผู้เช่าภายในกำหนดเวลาตามสัญญา หรือส่งมอบทรัพย์สินไม่

ตรงตามสัญญา หรือติดตั้งแล้วเสร็จ และส่งมอบภายในกำหนด แต่ใช้การไม่ได้ ครบถ้วนตามสัญญาหรือผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 388 กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้แล้วพบว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งโดยสภาพ หรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดหรือภายในระยะเวลาซึ่งกำหนดไว้ เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที เนื่องจากกำหนดเวลาในการชำระหนี้ตามสัญญา เป็นสาระสำคัญแก่วัตถุประสงค์การชำระหนี้ที่ล่าช้ากว่ากำหนดย่อมไม่ได้ ผลตามความประสงค์ของคู่สัญญา เจ้าหนี้จึงไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดระยะเวลา ให้ลูกหนี้ชำระอีก

#### - แนวคำพิพากษาของศาล

ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยประเด็น การบอกเลิกสัญญาตามสัญญาจ้าง-เหมาก่อสร้าง ระหว่างบริษัท บี.ที.ซี อุตสาหกรรม และพาณิชย์การ จำกัด กับกรมทางหลวงนั้นปรากฏว่าโจทก์ทำงานล่าช้ามาก และปล่อยปละละเลยการทำงาน บริษัทคุมงานและจำเลยได้มีหนังสือเร่งรัดการทำงานแล้วหลายครั้ง แต่โจทก์ก็ไม่ปฏิบัติตามจำเลยจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาแก่โจทก์ได้ ส่วนข้อที่โจทก์อ้างว่าการทำงานล่าช้าเพราะเกิดน้ำท่วม นับว่าเป็นเหตุสุดวิสัยนั้น แม้จะฟังว่าน้ำท่วมจริงก็ปรากฏว่าน้ำท่วมตั้งแต่วันที่ 10 กันยายน 2524 ถึงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2525 เป็นเวลาประมาณ 2 เดือนเศษ หากจะหักเวลาที่น้ำท่วมออกจากเวลาที่ผ่านไปทั้งหมด โจทก์ก็ยังคงทำงานล่าช้าอยู่มาก ทั้งเวลาที่น้ำท่วมก็เป็นเวลาภายหลังจากเกิดการล่าช้า 10 เดือนแรกแล้ว จะนำเหตุ

ดังกล่าวมาอ้างหาได้ไม่ ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาของจำเลยถึงชอบแล้ว (47)

ส่วนในสัญญาซื้อขายนั้น ได้เคยมีคำวินิจฉัยของศาลฎีกา กล่าวถึงในประเด็นการบอกเลิกสัญญาว่า เมื่อครบกำหนดส่งมอบ สิ่งของตามสัญญาซื้อขายแล้ว ถ้าผู้ขายไม่ส่งมอบสิ่งของที่ตกลงขายให้แก่ผู้ซื้อ หรือส่งมอบสิ่งของทั้งหมดไม่ถูกต้อง หรือส่งมอบสิ่งของไม่ครบจำนวน ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ (48)

หรือในกรณีสัญญาซื้อขายกระสุนระหว่างกรมตำรวจ กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชูในเต็ดอุตสาหกรรมกับพวก ปรากฏว่าจำเลยส่งมอบกระสุนจำนวน 4,100 ชอง ไม่ถูกต้องตามตัวอย่างโจทก์จึงให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาแม้สัญญาระบุเรื่องการจัดการแก๊ซไว้โดยมิได้ระบุว่าให้ส่งไปให้ผู้ผลิตทำการแก๊ซ แต่การแก๊ซชิ้นส่วนของซองกระสุนปืน เอ็ม 16 ซึ่งใช้ในราชการสงคราม พึงเป็นที่เข้าใจว่าผู้ที่จัดการ แก๊ซซอมแซมได้ จะต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของกระสุนปืนดังกล่าว โรงงานแอ็ดเวนเจอร์ไลน์ ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ผลิตการแก๊ซก็ต้องให้โรงงานผู้ผลิต เป็นผู้จัดการ การที่จำเลยรับไปจัดการแก๊ซเองโดยอ้างว่าเป็นการแก๊ซเล็กน้อย จึงเป็นการไม่ชอบจำเลยหาอาจอ้างเอาเหตุนี้มาเป็นข้อต่อสู้ ว่าจำเลยไม่ใช่มฝ่ายผิดสัญญาหาได้ไม่

หลังจากที่โจทก์แจ้งให้จำเลยรับเอาซองกระสุนปืนไปแก๊ซ จำเลยเพิกเฉยไม่แจ้งให้โรงงานผู้ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริการับไปดำเนินการแก๊ซให้ถูกต้องแล้วนำมาส่งมอบแก่โจทก์จนกระทั่ง โจทก์ได้มีหนังสือแจ้งให้จำเลย

(47) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3165/2529

(48) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 758/2530, 1548/2529, 3258/2533,

ปฏิบัติตามสัญญา และให้นำซองกระสุนที่ถูกต้องส่งมอบแก่โจทก์ ภายใน 30 วัน นับจากวันที่จำเลยได้รับหนังสือดังกล่าว เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือได้ว่า จำเลยผิดนัด โจทก์มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันที (๔๐)

การบอกเลิกสัญญาดังกล่าว จึงเป็นผลมาจากการที่คู่สัญญาที่เป็นฝ่าย เอกชนไม่ลงมือปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้องทำให้หน่วยงาน ของรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาต่างๆ ได้ หรือปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด

- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์

เนื่องมาจากการที่เอกชนคู่สัญญาไม่ลงมือปฏิบัติงานตามสัญญา หรือ ปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่อง หรือไม่ปฏิบัติตาม สัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลที่สามดำเนินแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากส่วน ราชการคู่สัญญา การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นอำนาจบังคับ การให้เป็นไปตามสัญญาได้โดยตรง เนื่องจากการบอกเลิกสัญญามีผลทำให้สัญญา สิ้นสุดลงไปเลยทีเดียว

ประเด็นการบอกเลิกสัญญานี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคย วินิจฉัยไว้ว่า ผู้ร้องทุกข์อันได้แก่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชนุทองชัยภูมิก่อสร้างได้ทำ สัญญากับจังหวัดชัยภูมิเพื่อทำการก่อสร้างต่อเติมตึกคนไข้นอกของ โรงพยาบาล ชัยภูมิตามสัญญาลงวันที่ 2 กันยายน 2527 และกำหนดให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ภายใน วันที่ 22 กรกฎาคม 2528 ต่อมาทางจังหวัดชัยภูมิได้บอกเลิกสัญญา โดยอ้าง เหตุว่าผู้ร้องทุกข์ไม่สามารถที่จะทำการก่อสร้าง ให้แล้วเสร็จตามสัญญาจ้างได้

(๔๐) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 664/2530

เข้าข่ายการบอกเลิกสัญญาจ้างได้ตามนัยข้อ 5<sup>(๕๐)</sup> แห่งสัญญาจ้าง ผู้ร้องทุกข์ได้ร้องทุกข์ว่าการบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างของจังหวัดชัยภูมิไม่ชอบ เนื่องจากว่าการก่อสร้างที่ล่าช้านั้นเป็นความผิดและความล่าช้าของหน่วยราชการ ซึ่งหากเป็นความผิดของหน่วยราชการแล้ว จังหวัดชัยภูมิ จะอ้างเหตุก่อสร้างล่าช้า เพราะความรับผิดชอบของตนมาเป็นข้ออ้างในการบอกเลิกสัญญาไม่ได้ ซึ่งมีการแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) การทดสอบดินด้วยวิธี boring test ถือเป็นหน้าที่ของผู้รับจ้าง เมื่อผู้ร้องทุกข์สมัครใจเข้าสัญญาจ้างรายนี้ผู้ร้องทุกข์จะนำความล่าช้าในการทดสอบดินวิธี boring test มาอ้างเพื่อขอต่ออายุสัญญาไม่ได้

(2) ระยะเวลาในการออกแบบฐานรากใหม่ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของกองแบบแผนฯ ที่จะต้องออกแบบให้เสร็จและแจ้งให้ผู้ร้องทุกข์ทราบต่อไป จึงเป็นเวลาของผู้ร้องทุกข์เสียไปโดยมิใช่ความผิดของผู้ร้องทุกข์ ผู้ร้องทุกข์สมควรได้รับการต่ออายุสัญญาโดยเหตุนี้

(3) การออกแบบฐานรากใหม่ ให้ใช้เสาเข็มชนิดพิเศษ โดยที่

---

(๕๐) "ข้อ 5 ผู้รับจ้างสัญญาว่าจะเริ่มลงมือทำงานจ้าง ณ สถานที่ที่กำหนดภายในวันที่ 28 กันยายน 2527 แล้วให้เสร็จบริบูรณ์ภายในวันที่ 22 กรกฎาคม 2528 ที่ผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลาดังกล่าวก็ดี หรือมีเหตุให้ผู้ว่าจ้างเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ภายในกำหนดเวลาก็ดี หรือล่วงกำหนดเวลาแล้วเสร็จบริบูรณ์ไปแล้วก็ดี หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใดก็ดี ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ได้ และมีอำนาจจ้างผู้อื่นทำงานจ้างนี้ ต่อจากผู้รับจ้างได้ด้วย"

เงื่อนไขระบุว่าถ้าดินรับน้ำหนักแบบทานความปลอดภัยไม่เกิน 10 ตันต่อตารางเมตร กองแบบแผนฯ จะออกแบบฐานรากใหม่ ตามความเหมาะสม ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องยินยอมสร้าง ตามแบบที่ออกให้ใหม่ทุกประการ โดยจะมาคิดเงินเพิ่มจากทางราชการมิได้และถือว่าเป็นไปตามสัญญาทุกประการ เมื่อผู้ร้องทุกข์ได้เข้าทำสัญญาโดยรู้ถึงเงื่อนไขดังกล่าวมา ตั้งแต่ในชั้นหรือรูปแบบรายการแล้ว กรณีจึงเป็นการสมัครใจเข้าเสี่ยงทำการก่อสร้างไปตามนั้น ภายในระยะเวลาเดิมของสัญญา ผู้ร้องทุกข์จะมาอ้างเอาการเสียเวลาในการติดต่อ การสั่งทำ และการตอกเสาเข็มมาเป็นเหตุขอต่ออายุสัญญาไม่ได้

และเมื่อขณะที่จังหวัดชัยภูมิมีหนังสือบอกเลิกสัญญานั้น ผู้ร้องทุกข์ยังมีเวลาสำหรับการก่อสร้างอยู่เพียง 6 วัน ซึ่งนับรวมกับจำนวน 16 วัน อันเป็นอำนาจที่อาจพิจารณาต่ออายุสัญญาให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มขึ้นได้ เนื่องจากการออกแบบฐานรากใหม่ ซึ่งเห็นได้ว่าในขณะบอกเลิกสัญญานั้นงานตอกเสาเข็ม งวดที่ 1 ยังไม่แล้วเสร็จถือว่าผู้ร้องทุกข์ยอมไม่อาจใช้เวลาดังกล่าว ก่อสร้างอาคารให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้การที่จังหวัดชัยภูมิบอกเลิกสัญญา โดยใช้สิทธิตามสัญญา ข้อ 5 จึงเป็นการชอบแล้ว <sup>(๕๑)</sup>

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาและแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์แล้วจะพบว่า การใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญานี้เป็นไปตามหลักกฎหมายเดียวกันกล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ไม่ทำการชำระหนี้ หรือชำระหนี้ล่าช้าไม่ทันตามกำหนดเวลา หน่วยงานราชการมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

2.2.2 หลักเกณฑ์เรื่องการได้รับเงินค่าทดแทนพิเศษสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นผลมาจากเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

<sup>(๕๑)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ , คำวินิจฉัยที่ 92/2528 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัดธนูทอง ชัยภูมิก่อสร้าง ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมกรณีรับจ้างก่อสร้างตึกคนไข้นอกของโรงพยาบาลชัยภูมิ, 4 พฤศจิกายน 2528

เป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษพบได้เฉพาะในสัญญาของ ฝ่ายปกครองที่ทำระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญาเท่านั้น กล่าวคือ ถ้าเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาเนื่องจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เช่นนี้แล้ว เอกชนจะได้รับพิจารณาเงินค่าทดแทนพิเศษสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งถ้าเป็นหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ถือว่าเป็นการชาระหนี้ตกเป็นอันพันวิสัยโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหนี้สินนั้น <sup>(๕๒)</sup> ถือเป็นบาปเคราะห์ของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องประสบนั้น อาจหาเรียกร้องเอาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหาได้ไม่

เห็นได้จากสัญญาสัมปทานป่าไม้มีการกำหนดเงินชดเชยให้แก่เอกชนในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ในเขตสัมปทาน เพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทาน หรือเขื่อนพลังน้ำหรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาสมดุลของสภาพแวดล้อม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานกับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง และการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานดังกล่าวนี้ ผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับเงินชดเชย ความเสียหายดังกล่าวได้ และมีการกำหนดว่าหลักเกณฑ์ของเงินชดเชย ความเสียหายดังกล่าวได้ และมีการกำหนดว่าหลักเกณฑ์ของเงินชดเชยความเสียหายที่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับ มีดังนี้ <sup>(๕๓)</sup>

1. ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงแก่ผู้รับสัมปทานและเฉพาะในเรื่องดังต่อไปนี้

<sup>(๕๒)</sup> มาตรา 372 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>(๕๓)</sup> เสถียร วิชัยลักษณ์ , สืบวงศ์ วิชัยลักษณ์ , รวมกฎหมาย-ป่าไม้(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติเวช, พ.ศ. 2532), หน้า 35

- เงินลงทุนที่ผู้รับสัมปทานได้ใช้จ่าย เพื่อการทำกิจการ ที่ได้รับสัมปทาน เช่น ค่าเครื่องจักรกล ค่ายานพาหนะ ค่าเครื่องมือ เครื่องใช้และอุปกรณ์ต่างๆ ซึ่ง ผู้รับสัมปทานยังใช้ประโยชน์ไม่คุ้มค่า โดยให้ค่านึงถึงค่าเสื่อมราคาที่ได้หักไว้แล้ว ระยะเวลาของสัมปทานได้ใช้สิทธิทำกิจการที่ได้รับสัมปทานไปแล้ว จำนวนไม้ หรือของป่าที่ผู้รับสัมปทานได้ทำออกไปแล้วรวมทั้งประโยชน์อย่างอื่น ที่ผู้รับสัมปทานได้รับไปอันเนื่องจากการทำกิจการที่ได้รับสัมปทาน ในระหว่างอายุสัมปทานและมูลค่าของทรัพย์สิน หรือสิ่งของที่เหลืออยู่ และยังเป็นประโยชน์ต่อผู้รับสัมปทาน

- ค่าใช้จ่ายที่ผู้รับสัมปทานได้จ่ายไป เพื่อการทำกิจการที่ได้รับสัมปทาน และยังมีได้รับผลประโยชน์กลับคืน โดยค่านึงเงินไขข้างต้นด้วย

- ความผูกพันตามกฎหมายที่ผู้รับสัมปทาน มีอยู่ตามกฎหมาย ว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานในส่วนที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินชดเชย ให้แก่ลูกจ้างในกรณีที่มีการเลิกจ้าง

เงินลงทุน หรือค่าใช้จ่ายที่นำมาพิจารณาเพื่อรับเงินชดเชย ตาม 2 ข้อ ดังกล่าวข้างต้น จะต้องไม่เกินกว่าที่เป็นเงินทุน หรือค่าใช้จ่ายตามที่ผู้ประกอบการจะลงทุน หรือใช้จ่ายในกิจการ เช่นนั้นโดยทั่วไปตามปกติ

2. ความรับผิดที่ผู้รับสัมปทานมีต่อบุคคลภายนอก ตามสัญญา -  
 หว่างผู้รับสัมปทาน กับบุคคลภายนอก ที่เกี่ยวกับการทำกิจการที่ได้รับสัมปทาน หากมีข้อสัญญาที่คู่สัญญา ตกลงให้ผู้รับสัมปทานต้องรับผิดในกรณี เหตุสุดวิสัยให้แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือมีข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ผู้รับสัมปทาน ต้องรับผิดเพราะรัฐส่งเข้าไปเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัมปทาน ข้อสัญญาดังกล่าว ข่อมไม่มีผลใช้บังคับเพื่อการให้เงินชดเชยความเสียหาย

3. ห้ามมิให้มีการจ่ายเงินชดเชย เพื่อผลกำไรหรือผลประโยชน์ใดๆ ที่ผู้รับสัมปทานคาดว่าจะได้รับจากการทำกิจการที่ได้รับสัมปทาน

4. ในกรณีที่มีการเลิกสัมปทานเป็นเหตุให้ผู้รับสัมปทาน ได้รับเงินทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อย่างอื่นตอบแทน จากการประกัน หรือการอื่นใด เพื่อทดแทนความเสียหาย ให้ถือว่าเงิน ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นนั้น เป็นส่วนหนึ่งของเงินค่าชดเชยความเสียหาย

ในกรณีที่ผู้รับสัมปทาน ยื่นคำขอเวนคืน สัมปทานบางส่วนที่เหลือทั้งหมดของตนต่อทางราชการ ให้ผู้รับสัมปทาน ได้รับเงินชดเชย ความเสียหาย เฉพาะอัตราส่วนของพื้นที่ หรือของจำนวนไม้ หรือของป่าที่จะนำออกได้จากพื้นที่ ในส่วนที่สัมปทานนั้นสิ้นสุดลง แล้วแต่จำนวนใดจะมากกว่า ทั้งนี้ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลฟังได้ว่า พื้นที่ในส่วนที่สัมปทานสิ้นสุดลงนั้นเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินกิจการในสัมปทาน ที่ขอเวนคืนนั้นต่อไปได้ก็ให้ได้รับเงินชดเชย เช่นเดียวกับกรณีพื้นที่สัมปทานทั้งแปลงสิ้นสุดลง

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นแนวทางการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาแล้ว

แต่การจะได้รับค่าทดแทนดังกล่าว จะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 ในเรื่องการบอกกล่าวให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ก่อน ภายในระยะอันควร ถ้าฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา เมื่อบอกเลิกสัญญาแล้ว จึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ เห็นได้จาก :-

- แนวคำพิพากษาของศาล

ในระหว่างการปฏิบัติกรตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง อาคารระ -  
หว่างกรมตำรวจจำเลย และเอกชน คือห้างหุ้นส่วนจำกัด รวมชัยสถาปัตย์  
โจทก์นั้น พบว่าเอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย เนื่องจาก ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่  
ต้องมอบพื้นที่ และกำหนดแนวเขตพื้นที่ที่โจทก์จะต้องก่อสร้าง การที่จำเลยสั่ง  
ระงับการก่อสร้าง เพราะการวางผังและตอกเสาเข็มรูก่อเข้าไปในที่ดินของ  
ผู้อื่นนั้น ถือเป็นการผิดของกรมตำรวจที่ไม่ตรวจสอบแนวเขตที่ดินให้แน่นอน  
เสียก่อน จึงถือว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญาที่ไม่สามารถให้โจทก์ดำเนินการก่อสร้างตาม  
สัญญาต่อไปได้ และสัญญา ดังกล่าว ไม่มีข้อสัญญาให้สิทธิเอกชนในการบอกเลิก-  
สัญญาไว้ สิทธิของเอกชนจึงมีอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แม้สัญญา  
จะมีกำหนดระยะเวลาไว้ก็ตาม แต่เมื่อหน่วยงานราชการมีคำสั่งให้เอกชนระงับ  
การก่อสร้างไว้ก่อน คู่สัญญาก็ได้เจรจากันตลอดมาจนแม้เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องคดีนี้-  
แล้ว โจทก์ยังเสนอเงื่อนไขต่อจำเลยในการที่จะดำเนินการก่อสร้างต่อไปอีก  
แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาไม่ถือเอากำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาเป็นข้อสำคัญอีก-  
ต่อไป กรณีจึงต้องด้วยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา  
387 กล่าวคือเมื่อจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาไม่สามารถมอบพื้นที่ให้โจทก์ดำเนินการ  
ก่อสร้างต่อไปได้ เป็นการไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นหน้าที่ของตนโจทก์จะต้อง  
บอกกล่าวให้จำเลยดำเนินการให้โจทก์ลงมือก่อสร้างต่อไป โดยกำหนดระยะเวลา  
สมควรให้จำเลยแก้ไขข้อขัดข้อง

ถ้าจำเลยยังไม่สามารถแก้ไขข้อขัดข้องภายในระยะเวลา ที่กำหนด  
ให้แล้ว โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อโจทก์ยังไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของ  
กฎหมายดังกล่าวโจทก์ก็ยังไม่มีความสิทธิบอกเลิกสัญญา ศาลฎีกาถือว่าโจทก์ต้องบอก  
เลิกสัญญาก่อนจึงจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย เมื่อโจทก์ยังไม่ มี แม้แต่สิทธิที่จะ  
บอกเลิกสัญญาโจทก์ก็ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย (๕๔)

(๕๔) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2525

หรือในสัญญาสัมปทานบัตร เพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยจำเลยออกให้โจทก์ คือ นายประณีต สุกันชานิช (๔๕) นั้น เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนด และเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉะนั้น แม้ไม่ได้ระบุ ถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานบัตร ก็หาใช่ว่าโจทก์ไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานบัตรแล้วคู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 และหากการบอกเลิกสัญญาเป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยได้ด้วย (๕๕)

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลแล้วจะพบว่า หลักในเรื่องการได้รับค่าทดแทนความเสียหาย อันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีผลบังคับใช้ กล่าวคือ เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายได้

### 2.2.3 หลักเกณฑ์ เรื่องหน้าที่การจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญา

เป็นหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย - หน่วยงานของรัฐและเอกชนต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ต้องชำระตอบแทนกัน กล่าวคือต่างมีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ให้แก่ตน จะเห็นได้จากสัญญาที่ทำระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญา (๕๖) อันได้แก่สัญญาเช่า เมื่อผู้เช่าได้เข้าใช้อาคารที่เช่าแล้วผู้ให้เช่าจะต้องชำระค่าเช่าให้กับผู้ให้เช่าตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ ณ อาคารสำนักงานของผู้ให้เช่า

หรือกรณีเวลาที่ได้ตกลงกันไว้สัญญาซื้อขาย ถ้ามีการชำระค่าตอบแทนตามสัญญาซื้อขายได้กำหนดไว้เป็นงวดๆ ส่วนราชการก็มีหน้าที่จะต้องจ่ายไป

(๕๕) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525

(๕๖) อัยการสูงสุด, สำนักงาน. เอกสารร่างสัญญาต่างๆ

ตามที่ตกลงกันไว้

หรือในสัญญาจ้างส่วนราชการคู่สัญญามีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนตามจำนวนและภายในกำหนดเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาจ้าง ผู้ว่าจ้างอาจแบ่งจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้างเป็นรายเดือน เดือนละเท่าๆ กัน ตามอายุสัญญาจ้าง โดยจะจ่ายให้เมื่อผู้รับจ้างได้ควบคุมงานและทำรายงานผลงานในเดือนนั้นๆ เสนอต่อผู้ว่าจ้างเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ในกรณีที่ผู้รับจ้างส่งมอบงานก่อนกำหนดเวลาในสัญญาจ้าง ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินค่าจ้างในส่วนที่ได้รับอนุมัติเงินประจำงวดไว้ให้แก่ผู้รับจ้างไปก่อน สำหรับเงินค่าจ้างส่วนที่เหลือซึ่งยังไม่ได้จ่ายให้กับผู้รับจ้างในแต่ละงวด ผู้ว่าจ้างจะจ่ายให้ผู้รับจ้างในเวลาอันสมควร เมื่อทางการได้อนุมัติค่าเงินประจำงวดแล้ว

กรณีการจ่ายเงินค่าจ้างล่วงหน้าให้แก่ผู้รับจ้างนั้น เงินจำนวนดังกล่าว จะจ่ายให้ภายหลังจากได้หลักประกันการรับเงินค่าจ้างล่วงหน้าเต็มตามจำนวนเงินค่าจ้างนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้าง

หรือในกรณีที่จ้างที่ปรึกษาได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่ปรึกษาต้องปฏิบัติงานอย่างใดอย่างหนึ่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญา เนื่องจากมีเหตุใดๆ นอกเหนือจากการควบคุมของที่ปรึกษาเกิดขึ้น และซึ่งที่ปรึกษาไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ หรือเนื่องจากคู่สัญญาได้ตกลงเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขงาน อันสืบเนื่องจากการเรียกร้องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง ที่ปรึกษาจะได้รับค่าจ้างรวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เบิกคืนได้ (ถ้ามี) เพิ่มเติมได้

ในกรณีที่ความล่าช้าเกิดจากฝ่ายผู้ว่าจ้าง และความล่าช้านั้นทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ ที่ปรึกษามีสิทธิได้รับค่าจ้างเพิ่มเติมโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้ตกลงกันในเรื่องค่าจ้างเพิ่มเติม

- แนวคำพิพากษาของศาล

จะเห็นได้จากสัญญาซื้อขาย ระหว่างกรมอาชีวศึกษากับห้างหุ้นส่วน-จำกัด ยูเนี่ยน ฮาร์ดแวร์ กับพวก จำเลยนั้นปรากฏว่า โจทก์ทำสัญญาซื้อขาย เครื่องจักรกลและอุปกรณ์ไฟฟ้าจากจำเลยรวม 4 ฉบับ จำเลยผิดสัญญา โจทก์สามารถบอกเลิกสัญญา และปรับจำเลยพร้อมริบหลักประกันตามสัญญา รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 558,404 บาท การที่โจทก์บอกเลิกสัญญาแต่ละฉบับภายหลังจากจำเลยผิดสัญญาเป็นเวลานานเป็นปี และปรับจนถึงวันที่โจทก์บอกเลิกสัญญาเป็นจำนวน-ค่าปรับสูงเกินกว่าราคาสิ่งของของที่โจทก์ซื้อมากจึงเป็นเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วน ที่ศาลอุทธรณ์กำหนดค่าปรับเป็นเงิน 260,359.20 บาท จึงเป็นจำนวนที่เหมาะสมแล้ว (๕๗)

- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์

ส่วนราชการคู่สัญญามีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนตามจำนวน และภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา และหากสัญญาได้กำหนดค่าตอบแทนว่าต้องชำระเป็นงวดๆ ส่วนราชการคู่สัญญาก็มีหน้าที่ต้องจ่ายไปตามที่ได้ตกลงกันไว้

อนึ่งหากสัญญาซึ่งได้ทำกันไว้เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งการใช้สัญญาแบบปรับราคาได้นี้ มุ่งให้มีการปรับราคาเฉพาะงานก่อสร้างเท่านั้น (๕๘)

(๕๗) คำพิพากษาฎีกาที่ 3820/2530

(๕๘) ดูสำนักงานคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงระบบการก่อสร้างสถานที่ราชการ และถาวรวัตถุของประเทศไทย ที่ปกส. 449/2525 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2525

หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาก็มีหน้าที่จ่ายเงินค่าปรับราคา (K) ส่วนที่เพิ่มขึ้นนั้นด้วย เห็นได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคย วินิจฉัยประเด็นนี้ไว้ว่า <sup>(๕๐)</sup> ผู้ร้องทุกข์ได้ทำสัญญาลงวันที่ 31 พฤษภาคม 2522 กับกรุงเทพมหานคร เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้เพื่อทำการก่อสร้างถนนสายแยกถนนฉิมพลีถึงวัดรัชฎาธิษฐาน (รวมสะพาน ค.ส.ล. 4 สะพาน) ระยะทางประมาณ 2,400 เมตร ค่าก่อสร้างในวงเงินไม่เกิน 5,952,700.-บาท โดยต้องทำการก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายใน 240 วันสัญญาก่อสร้างรายนี้เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ เพื่อเพิ่มหรือลดราคาค่างานที่กรุงเทพมหานครจะให้แก่ผู้ร้องทุกข์โดยใช้สูตร  $P = (PO) \times (K)$  และได้กำหนดการหาค่าตัว K ออกเป็น 3 หมวด ตามลักษณะงาน คือ หมวดที่ 1 งานดินเดิมบดอัดแน่น หมวดที่ 2 งานเกี่ยวกับผิวทาง และหมวดที่ 3 งานโครงสร้างคอนกรีตย่อมเป็นที่แจ้งชัดว่า คู่สัญญาประสงค์จะให้งานต่างๆ ตามที่กำหนดในสัญญาได้มีการปรับราคาทุกงาน เว้นแต่ กรณีจะไม่สอดคล้องกับสูตรในการหาค่าปรับราคา (K) ส่วนที่เพิ่มขึ้นนั้นด้วย โดยมีข้อสังเกต ดังนี้คือ

(1) โดยที่การกำหนดสัญญาให้ใช้ค่า K สำหรับงานบางส่วน เป็นกรณีที่ทำได้ส่วนราชการคู่สัญญามีหน้าที่ต้องจ่ายค่า K สำหรับส่วนที่ระบุไว้ในสัญญาเท่านั้น

(2) หากในสัญญานั้น ได้มีการตกลงกันไว้ให้มีการปรับราคางานลักษณะใด ลักษณะหนึ่งหรือหลายลักษณะได้ กรณีที่มีงานหลายลักษณะร่วมกันอยู่ ถ้าสามารถแยกค่างานออกจากกันได้ ตามความเป็นจริง ก็อาจปรับราคาได้

<sup>(๕๐)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, คำวินิจฉัยที่ 43/2527 "เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัดเอสทีการช่าง ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมในการเบิกเงินค่าปรับราคา (ค่า K)", เมษายน 2527.

..จากสัญญาก่อสร้างจะพบว่า ถ้าถือว่างานก่อสร้างสะพานรายนี้ไม่อาจได้รับการปรับราคาให้ได้เพียง เพราะไม่มีการแยกค่างานแอสฟัลต์ออกจากงานคอนกรีตก็ย่อมไม่เป็นธรรม แก่เอกชนคู่สัญญาเป็นอย่างยิ่งเพราะงานทั้ง 2 งานดังกล่าวต่างก็เป็นงานที่อาจปรับราคาได้ทั้งคู่ตามสัญญา แต่เมื่ออยู่รวมกันกลับไม่ได้ปรับราคา กรณีย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการมุ่งทำสัญญาแบบปรับราคาได้ ถือว่าเป็นการไม่เป็นธรรม และไม่ถูกต้องตามข้อผูกพัน ในสัญญาด้วย กรุงเทพมหานครจำต้องให้ค่าปรับราคางานนี้ให้แก่ผู้ร้องทุกข์

(3) ในกรณีที่ส่วนราชการคู่สัญญาปฏิเสธการจ่ายค่าปรับราคา (K) ให้แก่เอกชนคู่สัญญา เมื่อได้รับความชัดว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นไป โดยมีขอบเอกชนคู่สัญญา จึงมีสิทธิได้รับค่าปรับราคาพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ด - ครั้งต่อปีนั้น มีปัญหาว่าส่วนราชการคู่สัญญาจะต้องจ่ายดอกเบี้ยให้แก่เอกชนคู่สัญญาตั้งแต่วันใด ซึ่งได้แก่ วันที่มีการรับมอบงานหรือวันที่เอกชนคู่สัญญาได้ยื่นหนังสือขอเบิกเงินค่าปรับราคา โดยถูกต้องตามรายการนั้นๆ หรือวันที่เอกชนคู่สัญญาได้ยื่นคำร้องทุกข์ หรือวันที่นายกรัฐมนตรีมีคำสั่งให้จ่ายค่าปรับราคาโดยทั่วไปก็ควรให้ดอกเบี้ย นับแต่วันที่เอกชนคู่สัญญาได้ยื่นหนังสือขอเบิกเงินค่าปรับราคา โดยถูกต้องตามรายการนั้นๆ เว้นเสียแต่ว่าการไม่จ่ายราคาค่าปรับราคาดังกล่าว นั้น มิได้เป็นความผิดของหน่วยงานของรัฐโดยชัดแจ้ง เช่น เพราะมีปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่แน่ชัด เป็นต้น ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

กรณีในเรื่อง การจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาได้เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (๕๐) วินิจฉัยว่า การปฏิบัติตามสัญญาก่อสร้าง

(๕๐) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, คำวินิจฉัยที่ 1/2529 "เรื่องบริษัท แพลสแปคคอร์ปอเรชั่น จำกัด ร้องทุกข์ ว่าวิทยาลัยเทคโนโลยี และอาชีวศึกษาไม่ปฏิบัติตามสัญญา", 13 มกราคม 2529

อาคาร อันเป็นงานเกี่ยวกับการก่อสร้างโครงหลังคาเหล็กนั้น ปรากฏว่า หัวเสาคอนกรีตทั้ง 4 มุมของอาคารได้เกิดรอยแตกร้าวขึ้นเป็น เพราะหน่วยงานราชการคำนวณการรับน้ำหนักของ โครงหลังคาเหล็กในครั้งแรกผิดพลาดเอง คณะกรรมการตรวจการจ้างจึงไม่ยอมรับมอบงานงวดที่ 3 และงวดที่ 4 ดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาผลการทดสอบ และวิเคราะห์ในด้านโครงสร้างแล้วได้ผลสรุปว่าการที่หัวเสาแตกร้าวก็ดีกว่าเหล็กในแนวทแยงของโครงสร้างแล้วได้ผลสรุปว่าการที่หัวเสาแตกร้าวก็ดีกว่าเหล็กในแนวทแยงของโครงหลังคาเหล็กมีการโค้งงอขึ้นก็ดีกว่า เป็นผลมาจากโครงสร้างส่วนนั้นถูกแรงอัดมากเกินไป อันเป็นผลมาจาก การออกแบบ และการคำนวณการรับน้ำหนักของโครงสร้างหลังคาที่กระทำไว้ไม่ถูกต้องมาตั้งแต่ในขั้นการออกแบบแล้ว และจากผลการวิเคราะห์ที่สมมติให้รับน้ำหนักเป็นแถบๆ ซึ่งให้เห็นว่าการที่ผู้ร้องทุกข์จะใช้วิธีการก่อสร้างเช่นใด หรือใช้ค้ำยันประเภทใดๆ จึงมิใช่ข้อสำคัญ เพราะไม่ว่าจะดำเนินการก่อสร้างไปอย่างไร ผลที่มีต่อจุดวิกฤตไม่ได้มากไปกว่าการต้องรับน้ำหนักทั้งหมดเมื่อก่อสร้างแล้วถอดค้ำยันออกแล้ว

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างนี้ ไม่ถือว่าผู้ร้องทุกข์มีส่วนร่วมรับผิดชอบด้วยเพราะในการทำสัญญาก่อสร้างนั้น ความรู้ความสามารถในทางวิศวกรรม และสถาปัตยกรรมของผู้รับจ้างเป็นสาระสำคัญของสัญญา แม้ฝ่ายผู้รับจ้างเป็นผู้รับผิดชอบในการออกคำสั่ง เกี่ยวกับการก่อสร้างให้ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามก็ตาม แต่ฝ่ายผู้รับจ้างก็ต้องมีความรู้ ความสามารถที่เกี่ยวกับการก่อสร้างให้เพียงพอด้วย เพื่อให้การดำเนินการก่อสร้างนี้จะเป็นไปได้ โดยถูกต้องตามหลักการที่ดี และทำให้งานก่อสร้างสำเร็จครบถ้วนตามที่ได้ตกลงกันไว้ แต่จากการตรวจสอบโครงหลังคาว่าผิดพลาดหรือไม่นั้น ถึงเป็นเรื่องยากเกินกว่าวิศวกร หรือช่างก่อสร้างโดยทั่วไปจะสามารถพบเห็นได้ โดยใช้ความรู้ทางการช่างตามปกติ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงสรุปได้ว่าปัญหาเกี่ยวกับก่อสร้างในครั้งนี้เป็นความบกพร่องของหน่วยงานราชการเพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากความไม่ถูกต้องของรูปแบบรายการที่ให้ไว้ โดยเอกชนผู้ร้องทุกข์ไม่มีส่วน

ต้องร่วมรับผิดชอบด้วยแต่อย่างไร

คำวินิจฉัยข้างต้นแสดงให้เห็นว่า การปฏิบัติตามสัญญาก่อสร้างอาคาร ได้เกิดวิกฤติทางโครงสร้างของอาคารขึ้น โดยมีใช้ความผิดของ เอกชนคู่สัญญา หากแต่ความบกพร่องในเรื่องนี้ เกิดจากการออกแบบ และการคำนวณรูปแบบ การก่อสร้างผิดพลาดของส่วนราชการคู่สัญญา ส่วนราชการคู่สัญญาจะไม่ยอมรับ มอบอาคารที่เอกชน ดำเนินการก่อสร้างเสร็จแล้ว ซึ่งจะมีผลให้ไม่ต้องจ่าย ค่าจ้างนั้นไม่ได้หน่วยงานราชการจะใช้เหตุดังกล่าว บอกเลิกสัญญาไม่ได้ และมีพันธะจะต้องรับเอางานก่อสร้างที่เอกชนผู้ร้องทุกข์ได้กระทำไว้ในงานงวดที่ 3 และงวดที่ 4 ตามสภาพที่ได้ทำเสร็จแล้ว ขณะนั้นส่วนการจะแก้ไขวิกฤติการของ อาคารอย่างนั้น ให้เป็นไปตามสัญญาเดิม (ถ้าหากมี) หรือตามที่หน่วยงานของ รัฐพิจารณาเห็นสมควรตามระเบียบของทางราชการแล้วแต่กรณี

เมื่อพิจารณาจากหลักในเรื่องการจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญา ทั้ง หน่วยงานราชการจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่เอกชน เช่น สัญญาซื้อขาย และ สัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาต่างตอบแทน ที่ต่างฝ่ายต่างต้องมีหน้าที่จะต้องชำระตอบแทนกัน

#### 2.2.4 หลักเกณฑ์เรื่องการปฏิบัติตามสัญญา

โดยปกติแล้วเอกชนคู่สัญญา จะต้องทำตามสัญญาทุกกรณี เว้นแต่ จะเกิดเหตุสุดวิสัย อันจะทำให้การชำระหนี้ตกเป็นอันพ้นวิสัย

เหตุซึ่งจะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยนั้น จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ

4 ประการคือ

1. เหตุซึ่งเกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นเหตุซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้
2. เหตุที่เกิดขึ้นนั้นจะต้อง มิได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่ - สัญญาไม่ว่าโดยทางใด
3. เหตุที่เกิดขึ้นนั้น เอกชนคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้ เมื่อ ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว
4. เหตุที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องก่อให้เกิด การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไป

## ไม่ได้โดยสิ้นเชิง

ทั้งนี้ไม่ว่าเหตุการณ์นั้น จะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น พายุ น้ำท่วมแผ่นดินไหว หรือเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ เช่น ไฟไหม้ สงคราม หรือแม้แต่การกระทำของสัตว์

จะเห็นได้ว่าเหตุสุดวิสัยนั้น ถือเอาตามที่สุดวิสัยจะป้องกันได้ไม่จำกัดว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะมีลักษณะอย่างไร ถ้าผู้ประสบไม่สามารถจะป้องกันความเสียหายอันเกิดจากภัยนั้น ได้โดยใช้ความระมัดระวังตามควรแล้วย่อมเป็นเหตุสุดวิสัยทั้งสิ้น เช่น สัญญาระหว่างหน่วยงานราชการต่อเอกชนคู่สัญญา<sup>(๑๑)</sup> อันได้แก่ สัญญาแลกเปลี่ยนเอกชนคู่สัญญา มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา โดยเคร่งครัด เห็นได้จากการที่ผู้รับแลกเปลี่ยนรับรองว่าสิ่งของที่แลกเปลี่ยนมีคุณภาพไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ ตามสัญญาและในกรณีที่เป็นการแลกเปลี่ยนสิ่งของที่จะต้องมีการตรวจทดลอง ผู้รับแลกเปลี่ยนรับรองว่า เมื่อตรวจทดลองแล้วต้องมีคุณภาพไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ด้วย นอกจากนี้ ผู้รับแลกเปลี่ยนยังให้สัญญาว่าจะส่งมอบสิ่งของที่แลกเปลี่ยนให้แก่ผู้แลกเปลี่ยน ณ สถานที่ที่กำหนดและภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ถูกต้องและครบถ้วน สิ่งของที่ส่งมอบจะต้องบรรจุในหีบห่อ หรือเครื่องพันผูกโดยเรียบร้อย และการส่งมอบสิ่งของตามสัญญานี้ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบเพียงครั้งเดียว หรือส่งมอบหลายครั้ง ผู้รับแลกเปลี่ยนจะต้องแจ้งกำหนดเวลาส่งมอบเพียงครั้งเดียวหรือส่งมอบหลายครั้ง ผู้รับแลกเปลี่ยนจะต้องแจ้งกำหนดเวลาส่งมอบแต่ละครั้ง โดยทำเป็นหนังสือนำไปยื่นต่อผู้ให้แลกเปลี่ยนและถ้าปรากฏว่าสิ่งของที่ผู้รับแลกเปลี่ยนส่งมอบไม่ตรงตามสัญญาโดยผู้ให้แลกเปลี่ยนไม่ต้องใช้ค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายให้แก่ประการใด

ผู้รับแลกเปลี่ยนยอมรับประกันความชำรุดบกพร่อง หรือขัดข้องของสิ่งของตามสัญญาเป็นระยะเวลา ... ปี ... เดือน ทั้งนี้นับแต่วันที่ผู้ให้แลกเปลี่ยนได้รับมอบสิ่งของ โดยให้นับวันรับมอบเป็นวันเริ่มต้น และภายในกำหนด

(๑๑) อัยการสูงสุด, สำนักงาน. "ร่างสัญญาต่างๆ" กรุงเทพมหานคร

การรับประกันดังกล่าว หากสิ่งของตามสัญญา<sup>นี้</sup>เกิดชำรุดบกพร่อง หรือขัดข้อง อันเนื่องมาจากการใช้งานตามปกติ ผู้รับแลกเปลี่ยนจะต้องจัดการซ่อมแซม หรือแก้ไขให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีดังเดิม ภายในระยะเวลา ... วัน ซึ่งเริ่มนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้ให้แลกเปลี่ยน โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น โดยให้นับวันที่ได้รับแจ้งเป็นวันเริ่มต้น

หรือในสัญญาซื้อขายเอกชน คู่สัญญา<sup>มี</sup>หน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายโดยเคร่งครัด เช่น ผู้ขายรับรองว่าสินค้าที่ขายให้ตามสัญญา<sup>นี้</sup>มีคุณภาพไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ตามสัญญา หรือในกรณีที่เป็นการซื้อสินค้าซึ่งจะต้องมีการตรวจสอบ ทดลอง ผู้ขายรับรองว่าเมื่อตรวจสอบแล้ว ต้องมีคุณภาพไม่ต่ำกว่าที่กำหนดไว้ และให้สัญญาว่า จะส่งมอบสินค้าตามสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อในสถานที่ผู้ซื้อกำหนด และภายในเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาให้ถูกต้องและครบถ้วน พร้อมทั้งหีบห่อ หรือเครื่องรัดพันผูกโดยเรียบร้อย

ถ้าสิ่งของที่จะต้องส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อตามสัญญา<sup>นี้</sup>เป็นสิ่งที่ผู้ขายจะต้องสั่งหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ และสิ่งของนั้นต้องนำเข้ามาโดยทางเรือในเส้นทางเดินเรือที่มีเรือไทยเดินอยู่และสามารถให้บริการรับขนได้ ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ประกาศกำหนดผู้ขายจึงจัดการให้สิ่งของดังกล่าว บรรทุกโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย จากต่างประเทศมายังประเทศไทย วันแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นำวิก่อนบรรทุกของนั้นลงเรืออื่น ที่มีใช้เรือไทย คมนาคมประกาศยกเว้นให้บรรทุกโดยเรืออื่นได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการสั่งหรือสั่งซื้อสิ่งของดังกล่าวจากต่างประเทศจะเป็นแบบ FOB, CFR, CIF หรือแบบอื่นใดๆ

ในเรื่องการรับประกันความชำรุดบกพร่องนั้น ผู้ขายยอมรับประกันความชำรุดบกพร่องหรือขัดข้องของสิ่งของตามสัญญา เป็น ... ปี ... เดือน นับแต่วันที่ผู้ซื้อได้รับมอบ โดยภายในกำหนดเวลาดังกล่าวหากสิ่งของตามสัญญา<sup>นี้</sup>

เกิดชำรุดบกพร่อง หรือขัดข้องอันเนื่องมาจากการใช้งานตามปกติ ผู้ขายจะต้องจัดการซ่อมแซม หรือแก้ไขให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีดังเดิมภายใน ... วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้ซื้อ โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ผู้ขายยังจะต้องมีหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาด้วยโดยผู้ซื้อซึ่งเป็นหน่วยงานราชการ จะกำหนดให้ผู้ขายนำหลักประกันเป็น ... เป็นจำนวนเงิน .....บาท ซึ่งเท่ากับร้อยละ ..... (...%) ของราคาทั้งหมดตามสัญญามอบให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

หรือในกรณีการทำสัญญาค้ำประกันจะมีข้อกำหนด ให้เอกชนแสดงหลักทรัพย์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน โดยปลอดจากภาระผูกพันใดๆ ที่จะทำให้อสังหาริมทรัพย์เสื่อมค่าอันได้แก่ โฉนดที่ดินและหลักทรัพย์อื่นๆ โดยสัญญาว่าจะไม่ทำการจำหน่ายจ่ายโอนและจะไม่ก่อหนี้สินหรือภาระผูกพันใดๆ ในทรัพย์สินดังกล่าวตลอดระยะเวลาที่สัญญาค้ำประกันยังมีผลใช้บังคับอยู่ นอกจากนี้ผู้ทำสัญญาค้ำประกันจะดูแลและตักเตือนให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญา ที่ได้ทำไว้กับส่วนราชการ ผู้รับสัญญาค้ำประกันทุกประการและจะไม่มีการยกเลิกหรือเพิกถอนการค้ำประกันก่อนครบกำหนดอายุสัญญาโดยเด็ดขาด

หรือในสัญญากู้มีข้อกำหนด ผู้กู้ให้สัญญาว่าจะยินยอมผูกพันและปฏิบัติตามสัญญาทุกประการ อันได้แก่การสัญญาว่าผู้กู้จะชำระคืนต้นเงิน และดอกเบี้ยตามหนังสือสัญญากู้โดยครบถ้วนเป็นไปงวดๆ ตามข้อกำหนดในสัญญาและสัญญาว่าจะจัดให้ผู้ให้กู้มีหลักประกันเงินกู้โดยครบถ้วน ตามความในข้อบังคับของผู้ให้กู้ทุกประการ โดยยินยอมฝากหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หนังสือสำคัญสำหรับสัตว์พาหนะ หรือทรัพย์สินอย่างอื่น หรือเรียกร้องให้จำนอง หรือจำนำทรัพย์สินอื่นแก่ผู้ให้กู้เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้เงินกู้ รวมถึงการเอาประกันภัยทรัพย์สิน ตามที่ผู้ให้กู้กำหนดในคำขอกู้กำหนด และให้สัญญาว่าจะดำเนินงาน ตามโครงการหรือแผนงานให้เป็นไปตามกำหนดในคำขอกู้ให้เสร็จภายในระยะเวลา

ที่กำหนดไว้ในสัญญา และยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำของผู้ให้กู้ เพื่อใช้วิธีปฏิบัติการเกษตรอันดีกว่าเดิม

ในการเบิกรับเงินกู้ตามหนังสือกู้เงินเป็นคราวๆ ภายในวงเงินที่ผู้ให้กู้กำหนด โดยเสนอรายงานเบิกเงินกู้ตามแบบที่ผู้ให้กู้กำหนด โดยเสนอรายงานเบิกเงินกู้ตามแบบที่ผู้ให้กู้กำหนด และผู้กู้จะทำหลักฐานการรับเงินไว้ให้แก่ผู้ให้กู้ทุกครั้ง ผู้กู้ยินยอมชำระดอกเบี้ยเงินกู้ตามหนังสือสัญญากู้นี้ นับแต่วันถัดจากวันรับเงินกู้จนกว่าจะชำระคืนเสร็จ โดยคำนวณตามต้นเงินเป็นหนี้รายวัน

หรือในสัญญาจ้างพิมพ์แสตมป์สุรา กำหนดให้ผู้ว่าจ้างตกลงจ้างและ ผู้รับจ้างตกลงจ้างทำการพิมพ์แสตมป์สุราให้ถูกต้อง ตามรายละเอียด เงื่อนไข ลักษณะ ชนิด รูปแบบ สี และคุณสมบัติที่ผู้ว่าจ้างกำหนด ตามบัญชีรายละเอียด การพิมพ์แสตมป์สุรา ผู้รับจ้างตกลงรับทำการนี้โดยสัญญาว่าจะจัดหาสิ่งของชนิดดี ให้เครื่องมือดีและช่างฝีมือดี เพื่อประกอบกรพิมพ์แสตมป์สุราตามสัญญานี้ จนแล้วเสร็จ ในการจัดส่งแสตมป์สุราให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น ผู้รับจ้างจะต้องส่งแสตมป์สุราในระวางพิเศษคือเสมือนของมีค่าและบรรจุแสตมป์สุราในหีบไม้ ซึ่งภายในบุด้วยสังกะสีปิดกริดด้วยตะกั่วมิให้น้ำเข้าได้ เพื่อป้องกันการชำรุดเสียหาย และหีบที่บรรจุต้องคาดลวดประทับตรา ของบริษัทต่างประเทศผู้พิมพ์ และส่งตรงให้ผู้ว่าจ้าง ถ้าผู้รับจ้างจะต้องนำแสตมป์สุราตามสัญญาเข้ามาโดยทางเรือในเส้นทางเดินเรือที่มีเรือไทยเดินอยู่ และสามารถให้บริการรับจนได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศกำหนด ผู้รับจ้างจะต้องจัดการให้แสตมป์สุราดังกล่าวบรรจุโดยเรือไทย หรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทยจากต่างประเทศเข้ามายังประเทศไทย วันแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์ ก่อนบรรจุของนั้นลงเรืออื่นที่มีใช้เรือไทยหรือเป็นของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศ ยกเว้นให้บรรจุเรืออื่นได้หีบบรรจุแสตมป์สุราที่ได้ขนจากท่าเรือกรุงเทพฯ จะนำเข้าเก็บรักษาไว้ที่กรมสรรพสามิต และจะทำการตรวจสภาพความเรียบร้อยของหีบที่บรรจุแสตมป์สุราทั้งหมด ตาม

สัญญาในวันส่งมอบอีกครั้งตามวัน เวลา ที่ผู้ว่าจ้างจะกำหนดและแจ้งให้ผู้รับแจ้งทราบความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้างของผู้รับจ้าง ความเสียหายใดๆ อันเกิดแก่งานที่ผู้รับจ้างได้ทำขึ้น แม้จะเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัย นอกจากกรณีอื่นเกิดจากความผิดของผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบโดยซ่อมแซมให้คืนดีหรือเปลี่ยนให้ใหม่โดยค่าใช้จ่ายของผู้รับจ้างเอง

นอกจากนี้ ผู้รับจ้างจะต้องจัดให้มีประกันภัยสำหรับลูกจ้างทุกคนที่จ้างมาทำงาน โดยให้ครอบคลุมถึงความรับผิดชอบทั้งปวงของผู้รับจ้าง รวมทั้งผู้รับจ้างช่วงอื่นหากจะพึงมีในกรณีความเสียหายที่คิดค่าสินไหมทดแทนได้ตามกฎหมาย ซึ่งเกิดจากอุบัติเหตุหรือภัยอันตรายใดๆ ต่อลูกจ้าง หรือบุคคลอื่น ที่ผู้รับจ้างหรือผู้รับจ้างช่วงจ้างมาทำงาน ผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยดังกล่าว พร้อมทั้งหลักฐานการชำระเบี้ยประกันให้แก่ผู้ว่าจ้าง เมื่อผู้ว่าจ้างเรียกร้อง

ในสัญญาเช่ามีข้อกำหนด เรื่องหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาว่าการส่งมอบและติดตั้ง ผู้ให้เช่าจะทำการส่งมอบหรือติดตั้งทรัพย์สินที่เช่าตามสัญญาให้ผู้ถูกต้องครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ในลักษณะพร้อมที่จะใช้งานได้ตามรายละเอียดให้แก่ผู้เช่า ณ... และส่งมอบให้แก่ผู้เช่าภายใน... วัน นับแต่วันที่คู่สัญญาได้ลงนามในสัญญา

การบำรุงรักษา ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ให้การบำรุงรักษาทรัพย์สินที่เช่าให้อยู่ในสภาพใช้งานได้ต้อยด้วยค่าใช้จ่ายของผู้ให้เช่าโดยต้องจัดหาช่างที่มีความรู้ความชำนาญ และมีฝีมือดีมาตรวจสอบบำรุงรักษา และซ่อมแซมแก้ไขทรัพย์สินที่ให้เช่าตลอดอายุสัญญาเช่าอย่างน้อยเดือนละ... ครั้ง

การซ่อมแซมแก้ไข ในกรณีทรัพย์สินที่ให้เช่าชำรุดบกพร่องใช้งานไม่ได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยมีใช้ความผิดของผู้เช่า ผู้ให้เช่าจะต้องจัดหาช่างที่มีความรู้ความชำนาญ และมีฝีมือดีมาจัดการซ่อมแซมแก้ไขให้อยู่ในสภาพใช้

## งานได้ดีตามปกติ

นอกจากนี้ ผู้ให้เช่าต้องรับประกันความเสียหาย ในกรณีที่บุคคลภายนอกกล่าวอ้างหรือใช้สิทธิเรียกร้องใดๆ ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตรเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เช่าตามสัญญานี้ โดยผู้เช่ามิได้แก้ไขตัดแปลงไปจากเดิม ผู้ให้เช่าจะต้องดำเนินการทั้งปวงเพื่อให้การกล่าวอ้างหรือการเรียกร้องดังกล่าวระงับสิ้นไปโดยเร็ว หากผู้ให้เช่ามีอำนาจกระทำได้ และผู้เช่าต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากผลแห่งการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตรดังกล่าว ผู้ให้เช่าต้องเป็นผู้ชำระค่าเสียหายและค่าใช้จ่าย รวมทั้งค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความแทนผู้เช่า โดยผู้เช่าต้องแจ้งให้ผู้ให้เช่าทราบเป็นลายลักษณ์อักษรในเมื่อได้มีการกล่าวอ้าง หรือใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าว โดยไม่ชักช้า

เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงไม่ว่าจะโดยการบอกเลิกสัญญา หรือครบอายุสัญญาผู้ให้เช่าต้องนำทรัพย์สินที่ให้เช่ากลับคืนไป ภายใน... วัน โดยผู้ให้เช่าเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายเองทั้งสิ้น

ถ้าผู้ให้เช่าไม่นำทรัพย์สินที่ให้เช่ากลับคืนไป ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้เช่าจะกำหนดเวลาให้ผู้เช่านำทรัพย์สินกลับคืนไปอีกครั้ง หากพ้นกำหนดเวลาแล้วผู้ให้เช่ายังไม่นำทรัพย์สินกลับคืนไปอีก ผู้เช่ามีสิทธินำทรัพย์สินออกขายทอดตลาด เงินที่ได้จากการขายทอดตลาดผู้ให้เช่ายอมให้ผู้เช่าหักเป็นค่าปรับและหักเป็นค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายที่เกิดแก่ผู้เช่าได้

หรือกรณีสัญญาสัมปทานป่าไม้ กำหนดว่า ในการให้สัมปทานนั้น รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้

- ผู้รับสัมปทานทำการบำรุงป่า หรือปลูกสร้างสงวนป่าตามคำสั่ง

และวิธีการที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด หรือ

- ให้ผู้รับสัมปทาน ออกค่าใช้จ่าย เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการบำรุงป่า หรือปลูกสร้างสวนป่าให้แทน

เงินค่าใช้จ่ายในการบำรุงป่า หรือปลูกสร้างสวนป่าให้นำไปฝากไว้ที่ ธนาคารในวันที่ชำระค่าภาคหลวง แล้วนำสมุดหรือบัญชีเงินฝากไปเก็บไว้ที่ป่าไม้เขตหรือป่าไม้จังหวัดแห่งท้องที่มีป่านั้นๆ ตามที่ป่าไม้เขตเห็นชอบ เพื่อถอนออกมาใช้จ่ายในการบำรุงป่า หรือปลูกสร้างสวนป่าตามวิธีที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด

นอกจากนี้ รัฐบาลมีอำนาจ ให้ผู้รับสัมปทานเสียเงินค่าภาคหลวงตามอัตราที่รัฐบาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินอัตราอย่างสูงที่กำหนดไว้ และมีอำนาจ ให้ผู้รับสัมปทานเสียเงินแก่รัฐบาลตามจำนวนที่รัฐบาลกำหนดได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้รับสัมปทาน ต้องประกอบกิจการปิโตรเลียมตามสัมปทานด้วยความเข้มแข็งเท่าที่ควร และจะใช้ความพยายามอย่างสุดกำลังที่จะพัฒนาแหล่งปิโตรเลียมที่ค้นพบ ให้กว้างขวางมากที่สุด ตามวิธีการ ปฏิบัติงานปิโตรเลียมที่ดี โดยผู้รับสัมปทานจะพยายาม ผลิตปิโตรเลียมที่ค้นพบด้วยวิธีการผลิตที่ทันสมัยที่สุด ในอัตราที่มั่นใจได้ว่า ส่วนของปิโตรเลียมสำรองที่ค้นพบอันอาจผลิต ขาย หรือจำหน่ายได้โดยมีกำไรนั้น จะได้รับการผลิตอย่างเต็มกำลังความสามารถของตน ตลอดอายุสัมปทานนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้รับสัมปทานรับจะดำเนินการให้ถูกต้อง ตามหลักเทคนิคและวิศวกรรมที่เหมาะสมในการอนุรักษ์ทรัพยากรปิโตรเลียมและในการดำเนินการอื่นๆ ที่ได้รับอนุญาตตามสัมปทานนี้ ผู้รับสัมปทานจะใช้ความพยายามอย่างสุดกำลัง ที่จะไม่ใช้วิธีประกอบกิจการปิโตรเลียมใดๆ ซึ่งขัดต่อสาธารณะประโยชน์หรือกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจหรือประโยชน์ของประชาชนผู้รับสัมปทานต้องจ้างผู้ซึ่งมีสัญชาติไทย เพื่อประกอบ

กิจการปิโตรเลียม ตามสัมปทานนี้ ในตำแหน่งหน้าที่ระดับต่างๆ ให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ตามคุณสมบัติของบุคคลเหล่านั้น อนึ่ง หากยังผู้ซึ่งมีสัญชาติไทยที่มีความชำนาญเหมาะสมแก่ตำแหน่งหน้าที่บางตำแหน่ง มิได้หาผู้รับสัมปทานจะพยายามอย่างดีที่สุดที่จะฝึกฝน ผู้ซึ่งมีสัญชาติไทยให้มีความชำนาญงานมากขึ้นจนเหมาะสมที่จะรับตำแหน่งต่างๆ ทุกระดับในกิจการปิโตรเลียมได้ ภายในระยะเวลาอันสมควร ส่วนในการถือเอาประโยชน์จากก๊าซธรรมชาติที่ผลิตได้ ผู้รับสัมปทานต้องปฏิบัติตามลำดับก่อน หลัง ดังต่อไปนี้

- ใช้ในการอนุรักษ์ทรัพยากรปิโตรเลียม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อจัดหาแรงกดดัน ในแหล่งปิโตรเลียมที่ผู้รับสัมปทานกำลังผลิตอยู่หรือส่งไปให้ผู้รับสัมปทานรายอื่น ใช้เพื่อรักษาแรงกดดัน หรือเพื่อช่วยในการผลิตปิโตรเลียมที่ยังตกค้างอยู่ในแหล่งปิโตรเลียมของผู้รับสัมปทานรายอื่นนั้น ในเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีแล้ว

- ขายหรือจำหน่ายภายในประเทศ รวมทั้งขายหรือจำหน่ายให้แก่รัฐบาล เพื่อใช้ในโครงการใดๆ ซึ่งรัฐบาลส่งเสริม

- ส่งออกไปขายหรือจำหน่ายนอกประเทศ

- แนวคำพิพากษาของศาล

ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา ระหว่างกรมป่าไม้ โจทก์และนายชัยสิทธิ์ นันทเสน จำเลยว่าจำเลยทำสัญญา รับจ้างเฝ้ารักษาไม้ของกลางไว้แก่โจทก์ ถ้าไม้ขาดหาย หรือเป็นอันตราย จำเลยยอมให้ปรับเป็นเงิน ต่อมาเกิดอุทกภัย พัดพาเอาไม้ของกลางสูญหายไปทั้งหมด อันถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย จึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ที่จำเลยต้องรับผิดชอบตามสัญญา ฉะนั้นแม้จำเลยจะทำหนังสือรับสภาพหนี้ไว้แก่โจทก์ และชำระหนี้ให้แก่โจทก์ไปบางส่วนแล้ว ก็หาจะมีผลให้จำเลยต้องรับ

ชำระหนี้ตามหนังสือรับสภาพหนี้แก่โจทก์อีกไม่ เพราะเป็นการรับสภาพหนี้โดยปราศจากมูลหนี้ที่จะให้รับสภาพ จึงไม่มีผลบังคับแก่กัน (๘๒)

หรือในกรณีคำพิพากษา ระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย โจทก์ กับบริษัทจำกัดสามแสนพันวัง (ไทยแลนด์) ไม่สามารถหาเรือมาบรรทุกน้ำมัน เพื่อส่งมอบให้โจทก์ได้นั้น เป็นเรื่องต่อความสามารถของจำเลยเองและการที่ราคาน้ำมันในตลาดโลกสูงขึ้น เป็นเหตุให้จำเลยขาดทุนก็เป็นธรรมดาของการค้าซึ่งอาจมีทั้งกำไรและขาดทุน พฤติการณ์ดังกล่าวมิใช่เหตุสุดวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 8 (๘๓)

หรือกรณีคำพิพากษาระหว่างกรมตำรวจ โจทก์กับบริษัท ที.อี.ซี.-ไอ จำกัด กับพวกจำเลยศาลได้เคยวินิจฉัยในเรื่องเหตุสุดวิสัยนี้ว่า จำเลยส่งชนวนลูกระเบิดแก่โจทก์เกินกำหนดสัญญาไป 308 วัน เพราะรัฐบาลระงับการส่งออกของบริษัทผู้ผลิต เนื่องจากสถานการณ์สู้รบระหว่างจีนกับเวียดนาม และการส่งออกต้องผ่านประเทศเยอรมันตะวันตกทั้งต้องให้สถานทูตไทยในกรุงเวียตนารับรองอีกว่าเป็นชนวนลูกระเบิดที่จะส่งถึงโจทก์ดังนี้ จำเลยและบริษัทผู้ผลิตไม่อาจป้องกันได้และไม่อาจคาดหมายว่าจะเกิดขึ้น จึงเป็นเหตุสุดวิสัยอันเป็นพฤติการณ์ ซึ่งจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ (๘๔)

- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาด เรื่องราวร้องทุกข์

แนวความคิดประเด็นนี้ได้เคยมีคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เคยวินิจฉัยไว้ว่า ตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารโรงเรียนในสังกัดสำนักงานการประถมศึกษา จังหวัดศรีสะเกษ หน่วยงานราชการมีคำสั่งให้ผู้ร้องทุกข์ใช้เหล็กโครงสร้างรูปพรรณที่มี เครื่องหมายมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (มอก.) หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคณะกรรมการควบคุมการก่อสร้างจะไม่พิจารณาตรวจรับงานผู้ร้องทุกข์จำต้องสั่งซื้อ เหล็กโครงสร้างรูปพรรณที่มี เครื่องหมาย

(๘๒) คำพิพากษาฎีกาที่ 1379/2527

(๘๓) คำพิพากษาฎีกาที่ 2653/2526

(๘๔) คำพิพากษาฎีกาที่ 3327/2530

มอก. ของบริษัท ทีเอช ซีวี เจริญ จำกัด ซึ่งเป็นผู้จำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวมาใช้ ในการก่อสร้างแต่ได้จำหน่ายในราคาซึ่งสูงกว่าราคากลางที่ทางราชการกำหนด จึงทำให้ผู้ร้องทุกข์ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ในการสั่งซื้อเหล็กโครงสร้างรูป-พรรณดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่าไม่ว่าจะวินิจฉัยไปในทางใด ก็ไม่เกี่ยวข้องกับการจะได้รับความเสียหายตามที่ผู้ร้องทุกข์ขอ เพราะในขณะที่มีการ แจ้งความประกวดราคานั้น ได้บังคับให้ผู้รับจ้างต้องใช้ผลิตภัณฑ์ตามที่มีรายชื่อคู่มือ ผู้ซื้อเท่านั้น และเป็นคู่มือผู้ซื้อขณะนั้น ได้บังคับให้ผู้รับจ้างต้องใช้ผลิตภัณฑ์ตามที่มี รายชื่อคู่มือผู้ซื้อเท่านั้นและเป็นคู่มือผู้ซื้อขณะนั้นมีระบุชื่อผู้ผลิตสินค้าเหล็กรูปพรรณ ดังกล่าวไว้เพียงรายเดียวผู้ร้องทุกข์ย่อมทราบตั้งแต่ขณะนั้นว่า ตนจะจัดหาเหล็ก ดังกล่าวมา ได้อย่างไร ในราคาเท่าใด จากนั้นจึงจะประมาณการค่าใช้จ่าย ของตนแล้ว ยื่นค่าเสนอราคาต่อผู้จัดประกวดราคาได้

จึงถือไม่ได้ว่าคณะกรรมการควบคุมการก่อสร้างยืนยันให้ปฏิบัติตาม ข้อความในสัญญาเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์แต่อย่างใด (๕๕)

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาและแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราว ร้องทุกข์ จะพบว่าหลักกฎหมายในเรื่องเหตุสุดวิสัยที่ทำให้เอกชนคู่สัญญาไม่ สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้นั้น นำมาใช้บังคับได้ ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการ-ชำระหนี้และไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.2.5 หลักเกณฑ์ เรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งสัญญา

โดยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะถือตามศักดิ์สิทธิของ การแสดงเจตนาเป็นสำคัญ กล่าวคือ จะต้องมีการแสดงออกซึ่งเจตนาอันเป็น

(๕๕) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ , คำวินิจฉัยที่ 49/2529 กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดศรีสะเกษ ป.การช่าง ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย กรณีค่า-จ้างเหมาก่อสร้างอาคารของ โรงเรียนในสังกัดสำนักงาน การประถมศึกษา จังหวัดศรีสะเกษ, 2529.

ความสมัครใจของตน และกฎหมายจะบังคับผลตามเจตนาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงออกมานั้น แม้บางครั้งจะทำให้คู่สัญญาบางฝ่ายต้องเสียเปรียบลง เพราะการแสดงเจตนาเช่นนั้นก็ตาม เพียงแต่ขอให้มิวัตถุประสงค์ที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ถือว่าสัญญาดังกล่าวใช้บังคับกับคู่สัญญาได้แล้ว ดังนั้น การที่คู่กรณีตกลงให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ แม้จะขัดกับหลักสัญญาทางแพ่งที่ว่าสัญญาที่ทำขึ้น โดยมีผลสมบูรณ์แล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอแก้ไขข้อกำหนดของสัญญา โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ก็ตาม แต่อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญานั้น มิใช่เป็นอำนาจที่หน่วยงานของรัฐจะใช้ได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดคือ

ก. หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ได้ก็ต่อเมื่อมีมูลเหตุมาจากความจำเป็นในการปรับปรุง บริการสาธารณะให้สอดคล้องกับประโยชน์มหาชน (๑๑)

(๑๑) ดังเช่นที่ระบุไว้ในระเบียบสำนักงานนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไข เพื่อประโยชน์แก่ทางราชการให้อยู่ในอำนาจหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงิน และทำให้วงเงินนั้นสูงเกินอำนาจสั่งการของส่วนราชการ ให้เสนอปลัดกระทรวงพิจารณาแต่ทั้งนี้ จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือแล้วแต่กรณีด้วย

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่ม หรือลดวงเงิน หรือเพิ่ม หรือลดระยะเวลาส่งมอบ ของระยะเวลาในการทำงานให้ตกลงพร้อมกันไป

ข. หากแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งสัญญานั้นเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญาหน่วยงานของรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทน หรือชดเชยเวลาในการดำเนินการให้แก่เอกชนคู่สัญญาแล้วแต่กรณี

ค. หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะอาศัยอำนาจนี้ ลดค่าตอบแทนที่จะต้องจ่ายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาไม่ได้ การให้สิทธิผู้ว่าจ้างที่จะทำการแก้ไข หรือเพิ่มเติมหรือลดงานรูปแบบ และรายละเอียดตามสัญญาได้ทุกอย่าง โดยไม่ต้องเลิกสัญญาจ้างการเพิ่มเติมหรือลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ ถ้าต้องมีการเพิ่มหรือลดหรือยืดเวลาออกไปอีก ก็ให้ตกลงกันได้

อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญานี้สามารถใช้บังคับได้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานราชการและเอกชน<sup>(๑๗)</sup> ได้แก่สัญญาจ้างซึ่งกำหนดให้ผู้ว่าจ้างแห่งคณะกรรมการตรวจการจ้างหรือผู้ควบคุมงานแทนคณะกรรมการตรวจการจ้าง ผู้รับจ้างยอมให้คณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานมีอำนาจตรวจ หรือควบคุมงานเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาแบบรูป และรายการละเอียด โดยให้มีอำนาจสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติม หรือตัดทอนกิจการจ้างนี้ได้ เพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาแบบรูปและรายการละเอียด แต่ถ้าผู้รับจ้างขัดขึ้น ก็ให้คณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานแทนคณะกรรมการตรวจการจ้าง มีอำนาจสั่งหยุดกิจการนั้นไว้ชั่วคราวได้และความล่าช้าที่เกิดขึ้นในกรณีเช่นนี้ ผู้รับจ้างจะถือเป็นเหตุขอให้ยี่สิบวันทำการออกไปมิได้

นอกจากนี้ กรรมการตรวจการจ้างหรือผู้แทนทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างเปลี่ยนนางงาน คนใดคนหนึ่งของผู้รับจ้างได้ ในเมื่อปรากฏว่าไม่มีความสามารถหรือไม่มีความบังคับบัญชาคนงาน และผู้รับจ้างสัญญาว่าจะจัดหาคคนอื่นมาทำการแทนต่อไปโดยทันที กับไม่มีสิทธิจะเรียกร้องค่าเสียหาย หรือชดเชยกำหนดเวลาทำการให้แล้วเสร็จออกไปอีกได้

(๑๗) อัยการสูงสุด, สำนักงาน. "ร่างสัญญาต่างๆ" กรุงเทพมหานคร

รวมถึงในกรณีที่ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขแบบรูปและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญา โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะแต่อย่างใด

อัตราค่าจ้างหรือราคาที่กำหนดไว้ในสัญญาให้กำหนดใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มเติมขึ้น หรือตัดทอนลงทั้งปวงตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้างหรือราคาใดๆ ที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคารวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่เพื่อความเหมาะสม ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราค่าจ้าง หรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง

ในสัญญาจ้างที่ปรึกษาควบคุมงาน กำหนดไว้ว่า หากมีกรณีที่มีความจำเป็นทางด้านสถาปัตยกรรม และ/หรือวิศวกรรม ที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงแบบหรือรายการที่กำหนดไว้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริง และสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีฉะนั้นจะเกิดความเสียหายได้ที่ปรึกษามีอำนาจ สั่งระงับการดำเนินงานของผู้รับจ้างไว้ก่อน หรือในกรณีเร่งด่วนอาจสั่งการแก้ไขได้ ตามความจำเป็นและเมื่อได้ดำเนินการไปแล้ว จะต้องทำหนังสือสัญญารายงานให้ผู้ว่าจ้างทราบโดยเร็วที่สุดอย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ทำให้ผู้ว่าจ้างต้องรับภาระการเงินเพิ่มขึ้นแล้ว ที่ปรึกษาต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้างก่อน

ในกรณีที่สัญญาก่อสร้างระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างต้องเลิกไป หรือระงับลงชั่วคราวด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม ผู้ว่าจ้างมีสิทธิปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

(1) งดจ่ายเงินค่าจ้างควบคุมงานให้แก่ที่ปรึกษา ตลอดระยะเวลาที่สัญญาก่อสร้างต้องเลิกไป หรือระงับลงชั่วคราว แต่จะจ่ายเงินค่าจ้างให้ที่ปรึกษา เมื่องานจ้างตามสัญญาก่อสร้างนั้น ได้ดำเนินการต่อไป ไม่ว่าจะโดยผู้รับจ้างรายเดิมหรือรายอื่น

(2) บอกเลิกสัญญาจ้างที่ปรึกษาควบคุมงานรายนี้ได้ทันที

หรือในสัญญาก้จะ เห็นว่ามีข้อกำหนดธนาคารกำหนดไว้ว่า ถ้าต่อไป ภายหน้าผู้ให้กู้มีข้อบังคับใหม่โดยกำหนดดอกเบี้ยสูงกว่าที่กำหนดไว้ ผู้กู้ยินยอมชำระดอกเบี้ยในอัตราที่กำหนดขึ้นใหม่ นับแต่วันที่ใช้ข้อบังคับธนาคารนี้เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระคืนเสร็จ โดยธนาคารผู้ให้กู้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้า

นอกจากนี้ ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้หักบัญชีเงินฝากทุกประเภท ที่มีอยู่ที่สำนักงานใหญ่หรือสาขาของธนาคาร เพื่อชำระดอกเบี้ยหรือต้นเงินเป็นหนี้ ซึ่งถึงกำหนดชำระหรือถูกเรียกคืนตามสัญญากู้เงินนี้ได้ โดยมีต้องบอกกล่าวล่วงหน้าแต่อย่างใด ไม่ว่าเงินฝากนั้นถึงกำหนดจ่ายคืนหรือไม่ก็ตาม

จะเห็นได้จากสัญญาสัมปทานป่าไม้ มีข้อกำหนดไว้ว่า เพื่อบำบัดป้องกันอันตราย ซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉินแก่ไม้หรือของป่าในป่า พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งผู้รับอนุญาตหรือผู้รับสัมปทานในป่านั้น หรือป่าที่ใกล้เคียง รวมทั้งคนงาน หรือผู้รับจ้างของผู้รับอนุญาต หรือผู้รับสัมปทานให้ความช่วยเหลือ

ด้านแรงงานหรือสิ่งของตามที่จำเป็นแก่การนั้นได้ หรือในกรณีที่มีความจำเป็น ต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานเพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทาน หรือ เขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือความมั่นคงของชาติ หรือ เพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น ให้รัฐ-มนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดังต่อไปนี้

- (1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทาน ทั้พื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง
- (2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจการที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราว ในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร
- (3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าว ออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์

ข้อพิจารณาทางฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา ได้เคยมี คำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย เรื่องราวร้อง-ทุกข์<sup>(๑๑๑)</sup> เคยวินิจฉัยไว้ว่า กรณีการเพิ่มงานตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง อาคารศูนย์พัฒนาหลักสูตรระหว่างบริษัทสีลมเชียงใหม่ เพอร์นิเจอร์และก่อสร้าง-จำกัด กับกระทรวงศึกษาธิการ เนื่องจากได้มีการสั่งให้เพิ่มความยาวของเสา-เข็มจากที่กำหนดไว้ ทำให้ผู้ร้องทุกข์ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น ถือเป็น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบรูปราชการ ซึ่งเป็นการเพิ่มเงินให้แก่ ผู้ร้องทุกข์

<sup>(๑๑๑)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ , "คำวินิจฉัยที่ 12/2524 เรื่องบริษัทสีลมเชียงใหม่ เพอร์นิเจอร์และก่อสร้าง จำกัด ขอความเป็นธรรม เกี่ยวกับการก่อสร้าง อาคารศูนย์พัฒนาหลักสูตรกรมวิชาการ กระทรวงศึกษา ธิการ", 2524.

เนื่องจากตามสัญญาระบุไว้ว่า "ผู้ว่าจ้างมีสิทธิ์ที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบและรายการเดิมได้ทุกอย่าง โดยไม่ต้องเลิกสัญญา การเพิ่มหรือลดงานจักต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และถ้าจักต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยัดเวลาออกไปอีกก็จักต้องได้ตกลงกัน ณ บัดนั้น"

เมื่อพิจารณา ในแง่ของสัญญาแล้วเห็นว่า เป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความข้อกำหนดสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง โดยแบ่งเป็น 2 แนวความคิดคือ

แนวความคิดที่หนึ่ง เห็นว่า การที่หน่วยงานราชการสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของเสาเข็มนั้น เป็นการกระทำ เพื่อให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา กรณีไม่ถือว่าเป็นการเพิ่มงานตามสัญญาแต่ประการใด ผู้ร้องทุกข์จึงจะต้องขอเพิ่มเงินขึ้นอีกไม่ได้ จึงมีมติให้ยกคำร้องทุกข์เสียแต่จากข้อเท็จจริงที่มีการกำหนดความยาวของเสาเข็มไว้ชัดเจนแล้วแน่นอน กรณีจึงมีเหตุให้มีผู้ร้องทุกข์ เข้าใจไม่ถูกต้องในการคำนวณราคาทำให้ผู้ร้องทุกข์ ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ดังนั้นเพื่อความเป็นธรรมควรจะเพิ่มเงินค่าเสาเข็มให้แก่ผู้ร้องทุกข์บ้างตามสมควร ทั้งนี้โดยให้หน่วยงานราชการเป็นผู้พิจารณาว่า สมควร จะเพิ่มเงินแก่ผู้ร้องทุกข์เพียงใด

แนวความคิดที่สอง มีความเห็นแย้งว่า เรื่องนี้เป็นเรื่องคู่สัญญา เข้าใจตรงกันมาตั้งแต่ต้นว่า การจ้างเหมานี้ให้ใช้เสาเข็มขนาดที่แน่นอนแล้ว ซึ่งสามารถรับน้ำหนัก ตามที่กำหนดไว้ได้ และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือการคาดหมายเดิมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เมื่อมีการสั่งให้เพิ่มงานอันเป็นการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมจากที่เข้าใจกันแต่เดิม หน่วยงานราชการจึงมีพันธะที่จะต้องจ่ายเงินเพิ่มให้คุ้มกับงานที่หน่วยงานราชการได้สั่งให้ทำนั้น

จากแนวความคิดทั้งสองดังกล่าวข้างต้น พบว่าทั้งสองแนวความคิดต่างเห็นควรจ่ายเงินค่าเสาเข็มเพิ่มให้แก่ผู้ร้องทุกข์ด้วยกัน แต่มีเหตุผลต่าง -

กันคนละด้าน กล่าวคือคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่าควรจ่าย เพราะ "ความเป็นธรรม" แต่คณะกรรมการฝ่ายที่สองเห็นว่าควรจ่าย "ตามข้อสัญญา" ก็ตาม แต่ถือได้ว่าเอกชนมีสิทธิได้รับเงินทดแทนพิเศษ สำหรับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตกอยู่ในสภาพบังคับซึ่งไม่อาจรู้ล่วงหน้า ในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ซึ่งอาจมีข้อยุ่งยากในการปฏิบัติเกี่ยวกับ เนื้อหาของการปฏิบัติงานเกิดขึ้น ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ปกติอย่างมาก โดยเอกชนคู่สัญญาไม่อาจคาดถึงได้ขณะเข้าทำสัญญา หรือคู่สัญญาไม่ทราบมาก่อนว่าบริเวณสถานที่ก่อสร้างมีปัญหา เกี่ยวกับการรับน้ำหนักของดิน ซึ่งผิดไปจากชั้นดินทั่วไป ตามปกติในกรุงเทพมหานคร ทำให้การกำหนดความยาวของเสาเข็มผิดพลาด เอกชนคู่สัญญาจำต้องเพิ่มความยาวของเสาเข็มที่ใช้หน่วยงานของรัฐ คู่สัญญาจำต้องเพิ่มความยาวของเสาเข็มที่ใช้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญา จำต้องจ่ายค่าเสาเข็มเพิ่มให้แก่เอกชนคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาด เรื่องราวร้องทุกข์แล้วจะพบว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าว เมื่อนำมาใช้บังคับจะเป็นผลให้มีการเยียวยา ค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา กล่าวคือ เมื่อหน่วยงานราชการใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาแล้ว จะต้องจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชน

#### 2.2.6 หลักเกณฑ์เรื่องการขอต่ออายุสัญญา

สัญญาระหว่างหน่วยงานราชการกับเอกชนนั้น หากเอกชนคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการตามสัญญาให้เสร็จทันตามระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ เอกชนคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ถือเป็นอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาของหน่วยงานของรัฐคู่สัญญา โดยให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่จะเรียกค่าปรับ ค่าเสียหายหรือแม้แต่ขอเลิกสัญญาได้

อย่างไรก็ดีในกรณีที่ความล่าช้านั้น เกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากเหตุที่เกิดจากความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ คู่สัญญา หรือเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใด ทั้งมิใช่ความผิดของเอกชนคู่สัญญาแล้ว เอกชนคู่สัญญา มีสิทธิขอให้ต่ออายุสัญญาได้ โดยจะต้องแจ้งเหตุหรือพฤติการณ์ดังกล่าว พร้อมหลักฐาน เป็นหนังสือให้ผู้ซื้อทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เหตุนั้นสิ้นสุดลง

และสามารถพิจารณาขอต่ออายุสัญญาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง จะเห็นได้จาก (๑๐)

ในสัญญาร่วมลงทุนทำเหมืองแร่ หากเอกชนคู่สัญญาไม่อาจจะปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อผูกพันข้อหนึ่งข้อใดตามสัญญานี้ได้ เอกชนคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามกรณีที่มีความล่าช้านั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย โดยถือว่าเป็นเหตุอันเกิดขึ้นจะให้ผลพิบัติซึ่งไม่มีใครอาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสพหรือใกล้จะต้องประสพเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในสถานะ เช่นว่านั้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิขอให้ต่ออายุสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญามีสิทธิขอให้ต่ออายุสัญญาได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยเร็วที่สุด แต่ต้องไม่เกินกำหนด 15 วัน นับแต่วันที่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยนั้นขึ้น เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับทราบการแจ้งเหตุสุดวิสัยนั้นแล้ว จะได้ขยายระยะเวลาออกไป เท่ากับระยะเวลาที่เหตุสุดวิสัยได้ ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาต้องหยุดชะงักลง

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกต 2 ประการคือ

- (1) เอกชนคู่สัญญาจะอ้างเหตุดังกล่าวข้างต้น เพื่อขอต่ออายุสัญญาได้ก็ต่อเมื่อความล่าช้าที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลโดยตรงจากเหตุที่กล่าวอ้างนั้นๆ
- (2) เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับขยายช่วงตามจำนวนวันที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นจริงเท่านั้น

หรือในกรณีสัญญาซื้อขายกำหนดไว้ว่า หากเอกชนคู่สัญญา ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายให้เสร็จตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ เอกชนคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามก็ดี ในกรณีที่ความล่าช้านั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากเหตุที่เกิดจากความผิด หรือความบกพร่อง

(๑๐) อัยการสูงสุด, สำนักงาน. "ร่างสัญญาต่างๆ" กรุงเทพมหานคร

ของหน่วยงานของรัฐคู่สัญญา หรือเกิดจากพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งที่มีใช้ความผิดของเอกชนคู่สัญญาแล้ว เอกชนคู่สัญญามีสิทธิขอให้ต่ออายุสัญญาได้ โดยจะต้องแจ้งเหตุหรือพฤติการณ์ดังกล่าวพร้อมหลักฐานเป็นหนังสือให้ผู้ซื้อทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เหตุนั้นสิ้นสุดลง ดังเช่น กรณีระบุไว้ในสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พุทธศักราช 2535 ข้อ 139 กำหนดไว้ว่า การขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้อยู่ในอำนาจของส่วนราชการที่จะพิจารณาและถ้าวงเงินในการสั่งซื้อหรือสิ่งจ้าง ครั้งนั้นเกิดอำนาจ หัวหน้าส่วนราชการให้เสนอปลัดกระทรวงพิจารณา และ ให้พิจารณาได้ตามจำนวนวัน ที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการ
- (2) เหตุสุดวิสัย
- (3) เหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใด ที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

ให้ส่วนราชการระบุไว้ในสัญญากำหนดให้คู่สัญญาต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้ส่วนราชการทราบภายใน 15 วัน นับแต่เหตุนั้นได้สิ้นสุดลง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกมากล่าวอ้างเพื่อขอลดหรืองดค่าปรับ หรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้

ในสัญญาจ้างมีข้อกำหนดว่ากรณีที่มีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง หรือพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามเงื่อนไขและกำหนดเวลาในสัญญาได้ ผู้รับจ้างจะต้องแจ้งเหตุ หรือพฤติการณ์ดังกล่าว พร้อมหลักฐานเป็นหนังสือให้ผู้ว่าจ้างทราบ เพื่อขอขยายเวลาทำ

งานออกไปภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เหตุนั้นสิ้นสุดลง

ถ้าผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนด ให้ถือว่าผู้รับจ้างได้สละสิทธิเรียกร้องในการที่จะขอขยายเวลาทำงานออกไป โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่ กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีหลักฐานชัดแจ้งหรือผู้ว่าจ้างทราบดีอยู่แล้วตั้งแต่นั้น

กรณีสัญญาเข้ากำหนดว่า ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้เช่า หรือจากพฤติการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งผู้ให้เช่าต้องรับผิดชอบตามกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้ให้เช่าไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าได้ตามเงื่อนไข และกำหนดเวลาแห่งสัญญานี้ได้ ผู้ให้เช่ามีสิทธิขอขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือของดหรือลดค่าปรับได้ โดยจะต้องแจ้งเหตุ หรือพฤติการณ์ดังกล่าว พร้อมหลักฐานเป็นหนังสือให้ผู้ให้เช่าทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เหตุนั้นสิ้นสุดลง

หรือในกรณีสัญญาแลกเปลี่ยน ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุใดๆ เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจากพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งผู้รับแลกเปลี่ยนไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย เป็นเหตุให้ผู้รับแลกเปลี่ยน ไม่สามารถส่งมอบสิ่งของตามเงื่อนไข และกำหนดเวลาแห่งสัญญาได้ ผู้รับแลกเปลี่ยนมีสิทธิขอขยายเวลาทำการตามสัญญา หรือของดหรือลดค่าปรับได้ โดยจะต้องแจ้งเหตุหรือพฤติการณ์ดังกล่าวพร้อมหลักฐานเป็นหนังสือ ให้ผู้ให้เช่าแลกเปลี่ยนทราบภายใน . . . วัน นับแต่วันที่เหตุนั้นสิ้นสุดลง

หากผู้รับแลกเปลี่ยนไม่แจ้งเหตุสุดวิสัยดังกล่าว ให้ถือว่าผู้รับแลกเปลี่ยนได้สละสิทธิเรียกร้องในการที่จะขอขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือของดหรือลดค่าปรับโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น

หรือในสัญญาจ้างพิมพ์แสดมภ์สุรากำหนดว่าหากเอกชนคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาให้เสร็จทันระยะเวลาที่กำหนดไว้ เนื่องมาจากเหตุสุดวิสัยหรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง หรือพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามเงื่อนไขและกำหนดแห่งสัญญานี้ได้ ผู้รับจ้างจะต้องแจ้งเหตุ หรือพฤติการณ์ ดังกล่าวพร้อมหลักฐานเป็นหนังสือให้ผู้ว่าจ้างทราบเพื่อขอขยายเวลาทำงานออกไปภายใน 15 วัน นับแต่วันเหตุนั้นสิ้นสุดลง ถ้าผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญาให้ถือว่าผู้รับจ้างได้สละสิทธิ์เรียกร้องในการที่จะขอขยายเวลาทำงานออกไปโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่ กรณีเหตุเกิดจากความผิด หรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือผู้ว่าจ้างทราบอยู่แล้วตั้งแต่นั้น ซึ่งการขยายกำหนดเวลาทำงานให้อยู่ในดุลพินิจของผู้ว่าจ้างที่จะพิจารณา

- แนวคำพิพากษาของศาล

ข้อเท็จจริงเรื่องนี้เป็นข้อเท็จจริงระหว่างกรมตำรวจ โจทก์และบริษัท จำกัด ทรัพย์ทวีแมชชีนเนอร์ฯ จำกัด ศาลได้พิพากษาว่า โจทก์ยินยอมให้จำเลยต่ออายุสัญญาต่อไปอีก 45 วันนับแต่วันครบกำหนดสัญญาเดิม จำเลยจะต้องส่งของให้โจทก์ภายในวันที่กำหนด แต่ก็ไม่ส่งซึ่งโจทก์ย่อมทราบว่าจำเลยไม่สามารถจะส่งสิ่งของตามสัญญาให้โจทก์ได้อย่างแน่นอนแล้วแต่โจทก์กลับละเลยไม่บอกเลิกสัญญาปล่อยให้เวลาล่วงเลยมาถึง 132 วัน ประกอบกับโอกาสได้รับเงินประกันอันเป็นส่วนหนึ่งของเบี้ยปรับไปแล้ว ทั้งศาลสั่งพิพากษาให้จำเลยชดใช้เงินค่าเสียหายในส่วนที่โจทก์ไปซื้อสิ่งของจากบุคคลอื่น ในราคาสูงขึ้นและไม่ครบจำนวนแล้วด้วย แม้สัญญาจะให้สิทธิโจทก์ปรับจำเลยได้อีกต่างหากก็ตาม เบี้ยปรับนี้ก็คือนำส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย เมื่อโจทก์มิได้นำสืบให้ปรากฏความเสียหายเป็นพิเศษนอกเหนือจากนี้ โจทก์จึงเรียกค่าเสียหายอีกไม่ได้<sup>(70)</sup>

(70) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3109/2528

- แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์

ในการปฏิบัติการตามสัญญาก่อสร้าง ระบบประปาของโรงพยาบาล ได้ความว่าการก่อสร้างระบบประปาภายในเสร็จก่อนอายุสัญญา แต่ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ เพราะระเบียบของการประปาส่วนภูมิภาค มีข้อกำหนดว่าการติดตั้งประปานอกมาตรการวัดน้ำ (ตั้งแต่มาตรวัดน้ำจนถึงท่อเมน) การประปาสงวนสิทธิ์ที่จะดำเนินการเองทั้งหมดไม่อนุญาตให้ผู้ขอใช้น้ำดำเนินการเอง ซึ่งขอที่ส่วนราชการคู่สัญญาในฐานะที่เป็นผู้ขอใช้น้ำจะต้องดำเนินการยกเว้นข้อกำหนดดังกล่าว เมื่อปรากฏว่าการดำเนินการเรื่องของส่วนราชการเป็นไปโดยล่าช้ามีผลให้เอกชนคู่สัญญาเข้าดำเนินการตามสัญญาได้ก็เมื่อระยะเวลาตามสัญญาก่อสร้างได้สิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้นเอกชนคู่สัญญาย่อมมีสิทธิที่จะขอต่ออายุสัญญาได้ (๗๑)

หรือในกรณีการก่อสร้างอาคาร และ สิ่งก่อสร้างบางส่วนของโรงพยาบาลชานพระนครตั้งแต่วันที่ 28 มีนาคม 2523 อันเป็นวันที่กำหนดให้ผู้ร้องทุกข์เริ่มทำงานก่อสร้างนั้น ปรากฏว่ากรมการแพทย์ไม่อาจส่งมอบ - สถานที่ก่อสร้างเพื่อให้ผู้ร้องทุกข์เข้าทำงานได้ เนื่องจากการถมดิน และปรับระดับดินในบริเวณสถานที่ก่อสร้าง ซึ่งกรมการแพทย์ได้ให้ ห้างหุ้นส่วนจำกัด พุทธิพล เป็นผู้รับเหมายังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ และมีผลให้กรมการแพทย์ไม่อาจส่งมอบสถานที่ก่อสร้างให้ได้ตามกำหนดเวลา ทำให้ผู้ร้องทุกข์ต้องทำงาน

(๗๑) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ , " คำวินิจฉัยที่ 94/2526 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัดจินต์เจริญยนต์ได้ยื่นคำร้องทุกข์ เมื่อพ้นกำหนดอายุความ - ร้องทุกข์แล้ว" 2526

ได้ระดับพื้นผิวดินในช่วงฤดูฝนแทนที่จะทำในฤดูแล้วเช่นนี้ ถือได้ว่ามีเหตุขัดขวางอันเป็นเหตุสุดวิสัย หรือเป็นความผิดหรือความบกพร่องของผู้ว่าจ้างแล้ว ถือเป็นผู้ว่าจ้างเป็นผู้ที่จะต้องต่ออายุสัญญาให้แก่ผู้ร้องทุกข์แล้ว <sup>(72)</sup> จะเห็นได้จากประเด็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ <sup>(73)</sup> วินิจฉัยไว้ว่าในสัญญาจ้าง-เหมาก่อสร้างผู้ร้องทุกข์ อ้างว่าไม่ส่วนใหญ่ที่จะใช้ในการก่อสร้างโครงหลังคาตามรูปแบบรายการนั้นขาดแคลนแต่ปรากฏว่าผู้ร้องทุกข์ได้ส่งมอบงานโครงสร้างหลังคา (งวดที่ 1) ได้จึงเห็นว่าไม่ที่ใช้ในการก่อสร้างหลังคานี้ มิใช่หาไม่ได้ตามที่ผู้ร้องทุกข์อ้าง เพียงแต่อาจจะหาได้ด้วยความยากลำบากเท่านั้น และในที่สุดผู้ร้องทุกข์ก็หาไม้มาทำการก่อสร้างได้ จึงไม่อาจอ้างเป็นเหตุสุดวิสัย เพื่อขอต่ออายุสัญญาได้

หรือในกรณีเหตุสุดวิสัยอันเกิดจากน้ำท่วมใหญ่ในเขตกรุงเทพมหานคร และจังหวัดใกล้เคียงตั้งแต่เดือนตุลาคม 2526 ถึงวันที่ 5 มกราคม 2527 ทำให้ถนนที่ติดต่อระหว่างกรุงเทพมหานคร กับจังหวัดกาญจนบุรีใช้ไม่ได้ประมาณ 97 วัน ผู้ร้องทุกข์จึงไม่สามารถจัดส่งวัสดุซึ่งต้องซื้อ และจัดส่งจากกรุงเทพฯ ไปยังสถานที่ก่อสร้างได้ ผู้ร้องทุกข์จะขอต่ออายุสัญญาก่อสร้าง ในสภาวะที่ต้องประสบปัญหาน้ำท่วม 60 วัน นับจากวันสิ้นสุดสัญญาอีกไม่ได้ เนื่องจากยังไม่ถือเป็นเหตุสุดวิสัย เพราะตามรายงานการก่อสร้างประจำวันระบุว่า นับแต่วันที่ 20 ตุลาคม 2526 เป็นต้น มาผู้ร้องทุกข์ได้เข้าดำเนินการก่อสร้าง

<sup>(72)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "วินิจฉัยที่ 45/2528 เรื่อง ห้างหุ้นส่วนจำกัดสหชัยก่อสร้างขอต่ออายุสัญญาก่อสร้างโรงพยาบาลชานพระนคร", 12 มิถุนายน 2528.

<sup>(73)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 101/2526 เรื่องบริษัทคนธวิทย์จำกัด ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมในการต่ออายุสัญญาก่อสร้างวิทยาลัยเกษตรกรรมกำแพงเพชร และวิทยาลัยเกษตรกรรมพิจิตร", 15 พฤศจิกายน 2526

อาคารต่างๆ ตลอดจนมา ซึ่งแสดงว่าบริเวณที่ทำการก่อสร้างไม่ได้รับผลกระทบจากการเกิดน้ำท่วมดังกล่าวแต่อย่างไร สำหรับกรณีที่เกิดน้ำท่วมกรุงเทพฯ นั้น ผู้ร้องทุกข์ยังอาจจัดหาวัสดุก่อสร้างจากจังหวัดใกล้เคียงได้ การที่ผู้ร้องทุกข์ละเลยไม่แก้ไขปัญหาดังกล่าว ทำให้การก่อสร้างล่าช้า จึงเป็นความผิดของผู้ร้องทุกข์เอง และในกรณีมิใช่เหตุสุดวิสัยที่จะต้องอายุสัญญาให้แก่ผู้ร้องทุกข์ (๗๔)

เหตุในการขอต่ออายุสัญญาอีกประการหนึ่งได้แก่ เหตุอันเกิดจากความผิดหรือเมื่อวันที่ 23 กันยายน 2526 โดยในสัญญากำหนดให้เริ่มก่อสร้างตั้งแต่วันที่ทำสัญญานั้น โดยสภาพความรู้ความสามารถ ของผู้รับทำงานย่อมต้องทราบ ว่า ช่วงระยะเวลาดังกล่าวอาจมีอุปสรรคเรื่องฝนตกน้ำท่วมได้ ผู้ร้องทุกข์จึงควรจะได้มีการเตรียมการ เพื่อป้องกันภาวะน้ำท่วมไว้ล่วงหน้า และจะอ้างเหตุนี้มาเป็นเหตุสุดวิสัยไม่ได้ เว้นแต่สภาพน้ำท่วม ดังกล่าวจะมีระดับสูงจนถึงขนาดที่คนทั่วไป ซึ่งประกอบการก่อสร้างหากอยู่ในฐานะ เช่นเดียวกับผู้ร้องทุกข์ก็ไม่สามารถทำการป้องกันได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ตาม

ตามรายงานนั้น ผู้ร้องทุกข์สามารถทำการป้องกันน้ำท่วมได้เฉพาะบริเวณก่อสร้างอาคาร ส่วนบริเวณที่ทำการก่อสร้างรั้วคอนกรีต โดยแท้จริงแล้วไม่สามารถจะป้องกันได้ เมื่อกรณีฟังได้ว่า เป็นเหตุที่ไม่มีใครอาจจะป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสพ หรือใกล้จะต้องประสพ หรือใกล้จะต้องประสพ เหตุนี้จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร กรณีจึงเป็นเหตุสุดวิสัยที่ผู้ร้องทุกข์ควรได้ต่ออายุสัญญาเพราะเหตุนี้

อย่างไรก็ดี ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ การที่ทำงานล่าช้านี้เป็นผลมาจากภาวะน้ำท่วมโดยพลัน หรือไม่นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มี

(๗๔) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 23/2530 เรื่องกรณีบริษัทเลิศเอ็นจิเนียริง(1983) จำกัด ร้องขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการขอต่ออายุสัญญาก่อสร้าง และการขอคืนเงินค่าปรับ", พฤษภาคม 2530.

ความเห็นว่าเป็นส่วนปัญหาผลกระทบระหว่างเหตุสุดวิสัยที่มีต่อการทำงานตามสัญญา นั้นปรากฏว่าเหตุน้ำท่วมดังกล่าวข้างต้นได้มีขึ้นเรื่องเริ่มต้นสัญญาไปแล้ว 30 วัน และเมื่อเหตุน้ำท่วมสิ้นสุดลง ในวันที่ 20 ธันวาคม 2526 ผู้ร้องทุกซ์ก็ยังมีได้ลงมือก่อสร้างรั้วโดยเพิ่งลงมือก่อสร้างขึ้นเมื่อถึงต้นเดือนมกราคม 2527 ซึ่งเป็นเวลาหลังจากวันที่น้ำท่วมสิ้นสุดลงแล้วประมาณ 10 วัน กรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ร้องทุกซ์มิได้ใช้เวลาตามสัญญาเพื่อก่อสร้างรั้ว ตามที่ตนอาจจะทำได้ สำหรับงานที่ทำไม่ทันผู้ร้องทุกซ์จึงไม่อาจอ้างเหตุการณ์ก่อสร้างรั้วล่าช้า ซึ่งอยู่ภายในระยะเวลาที่ผู้ร้องทุกซ์ไม่สามารถส่งมอบอาคารมาอ้างเป็นเหตุขอต่ออายุสัญญาได้อีก"

สำหรับกรณี เหตุสุดวิสัยนั้นหมายถึง เหตุใดๆ ที่เกิดขึ้นโดยผู้ที่ต้องประสบหรือใกล้จะประสบเหตุนั้นไม่อาจป้องกันได้ แม้จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันถึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะเช่นนั้น ดังนั้น ข้ออ้างของเอกชนกรณีนี้ จะมาอ้างเพื่อขอต่ออายุสัญญาต่อไปได้หรือไม่นั้น ความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาหรือจากเหตุอันเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใด ที่มีใช้ความผิดของเอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิขอต่ออายุสัญญาได้ <sup>(75)</sup>

(75) ข้อ 139 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2335 ระบุได้ว่า "การงดหรือลดค่าปรับให้เกิดคู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงให้อยู่ในอำนาจของส่วนราชการที่จะพิจารณา แต่ถ้าวางเงินในการสั่งการให้จัดหาครั้งนั้นเกินอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการให้เสนอปลัดกระทรวงพิจารณา และให้พิจารณาได้เต็มจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง เพราะกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการ
- (2) เหตุสุดวิสัย
- (3) เหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญา ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย เอกชนคู่สัญญาจึงมาขอต่ออายุสัญญาได้

มีข้อสังเกต 2 ประการ คือ

(1) เอกชนคู่สัญญาจะอ้างเหตุดังกล่าวข้างต้น เพื่อขอต่ออายุสัญญาได้ต่อเมื่อความล่าช้าที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลโดยตรงจากเหตุที่กล่าวอ้างนั้นๆ

(2) เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับการขยายช่วงเวลาตามจำนวนวันที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นจริงเท่านั้น

ข้อที่น่าสนใจในประเทศไทยก็คือ ปัญหาเรื่องน้ำท่วม ซึ่งเกิดขึ้นเป็นประจำทุกปีในระหว่างที่เอกชนคู่สัญญาทำการก่อสร้างตามสัญญาอยู่นั้น ได้เกิดน้ำท่วมใหญ่กรุงเทพมหานครรวมทั้งสถานที่ก่อสร้างด้วยทำให้ไม่สามารถก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดในสัญญา เอกชนคู่สัญญาจะมาขอต่ออายุสัญญาได้หรือไม่

ประเด็นนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์<sup>(78)</sup> ได้วินิจฉัยว่า โดยที่ลักษณะภูมิอากาศและภูมิประเทศของกรุงเทพมหานคร ในช่วงเดือนกันยายน และตุลาคม อยู่ในฤดูฝนและอาจจะเกิดภาวะน้ำท่วมบ้าง ในช่วงเดือนกันยายน ถึงพฤศจิกายน ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นที่ทราบของบุคคล โดยทั่วไปโดยเฉพาะชาวกรุงเทพมหานคร การที่ผู้ร้องทุกข์ได้ทำสัญญารับเหมาก่อสร้างในช่วงเวลาดังกล่าว จึงควรเตรียมการเพื่อป้องกันภาวะน้ำท่วมไว้ล่วงหน้า และจะอ้างเหตุนี้ เป็นเหตุสุดวิสัยไม่ได้ เว้นแต่สภาพน้ำท่วมดังกล่าวจะมีระดับสูงจนถึงขนาดที่คนทั่วไป ซึ่งประกอบอาชีพก่อสร้างหากอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้ร้องทุกข์ ก็ไม่สามารถจะป้องกันได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ตาม

(78) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 55/2529 เรื่องบริษัททิวฟ้าวิศวกรรม จำกัด ขอให้กรุงเทพมหานครคืนเงินค่าปรับ" 17 พฤศจิกายน 2529.

หรือในกรณีการทำสัญญารับเหมาก่อสร้างปรับปรุงถนนสุขุมวิท 71 (ตอนที่ 2) ระหว่างผู้ร้องทุกข์ อันได้แก่บริษัทประกอบสหการก่อสร้าง (1971) จำกัด กับกรุงเทพมหานคร <sup>(77)</sup> นั้นปรากฏว่า มีการขอต่ออายุสัญญาต่อไปอีก เนื่องจากผู้ร้องทุกข์รอกการแก้ไขบนผิวถนนเนื่องจากการไปยังนครหลวง ได้มา ขุดฝังท่อร้อยสายไฟในบริเวณที่ก่อสร้าง ทำให้การก่อสร้างของผู้ร้องทุกข์ต้อง ล่าช้าไป จึงต่ออายุสัญญาให้แก่ผู้ร้องทุกข์เพราะเหตุดังกล่าวได้อีก 30 วัน เฉพาะเหตุที่ผู้ร้องทุกข์รอกการแก้ไขบนผิวถนน แต่ปรากฏว่าผู้ร้องทุกข์ไม่ได้นำ ความมาร้องทุกข์ ภายใน 90 วันนับแต่มีเหตุดังกล่าว จึงถือเป็นอันขาดอายุ - ความตามมาตรา 23 แห่ง พระราชบัญญัติกรรมการกฤษฎีกาพ.ศ.2522 <sup>(78)</sup>

เมื่อพิจารณาหลักในเรื่องการขอต่ออายุสัญญา อันเนื่องมาจากเหตุ สุดวิสัยหรือจากการกระทำของฝ่ายปกครองจากแนวคำพิพากษาและแนวคำวินิจฉัย ชี้ขาดเรื่องราวร้องทุกข์แล้ว จะพบว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นแนวทางการเยียวยา ความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาแล้ว เช่นกัน

<sup>(77)</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 24/2529 เรื่องบริษัทประกอบสหการก่อสร้าง(1971)จำกัด ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรม กรณีการก่อสร้างถนนสุขุมวิท 71 (ตอนที่2) ของกรุงเทพมหานคร" 21 มีนาคม 2526.

<sup>(78)</sup> มาตรา 23 การยื่นคำร้องทุกข์ต้องกระทำภายในกำหนดเก้าสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับหรือควรรับรู้ถึงเหตุแห่งการร้องทุกข์หรือนับแต่วันที่ผู้ร้องทุกข์ ได้มีหนังสือร้องขอเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตาม กฎหมายกำหนด และไม่ได้รับหนังสือชี้แจง จากเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมีเหตุอัน สมควร แล้วแต่กรณี

### บทวิเคราะห์แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

โดยสรุปแล้วจะพบว่า ประเทศไทยไม่มีหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองใช้บังคับเหมือนกับประเทศฝรั่งเศสและยังไม่ได้มีข้อกำหนดในการเยียวยาผู้เสียหายที่ได้รับความสะดวกเสียหาย จากการที่เอกชนเข้ามาผูกนิติสัมพันธ์กับรัฐหน่วยงานของรัฐ ตามแบบอย่างของอังกฤษ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะเฉพาะบางประการ ของสัญญาของฝ่ายปกครองของไทยแล้ว สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่เป็นเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ อันได้แก่ อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา, การได้รับเงินค่าทดแทนพิเศษสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง, การจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญา, การปฏิบัติตามสัญญา, อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา, การขอต่ออายุสัญญาแล้วจะพบว่า สิทธิและหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ตามข้อกำหนดในสัญญามีสิทธิที่เหนือกว่าเอกชนแต่ก็ได้หมายความว่าข้อกำหนดในเรื่องต่างๆ เหล่านั้นใช้บังคับไม่ได้แต่อย่างไร เนื่องจากการสมัครใจเข้าทำสัญญากันทั้งสองฝ่ายและวัตถุประสงค์ก็ไม่ได้ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาที่มีข้อตกลงดังกล่าว จึงใช้บังคับได้ตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

และเมื่อดูจากหลักกฎหมายปกครองพบว่า มีลักษณะพิเศษเฉพาะบางประการที่แตกต่างกับหลักกฎหมายเอกชน แต่ก็ได้หมายความว่า หลักกฎหมายปกครองจะต้องแตกต่างจากหลักกฎหมายเอกชนเสมอไปในทุกกรณี<sup>(70)</sup> เพราะว่า

<sup>(70)</sup> ประยูร กาญจนเดกุล, หนังสือที่อ้างแล้วในเชิงอรรถ (23),

- ลักษณะพิเศษของกฎหมายปกครองที่ทำให้แตกต่างจากหลักกฎหมายเอกชนในสาระสำคัญ เนื่องจากกฎหมายเอกชนไม่มีหลักอย่างเดียวกันที่จะนำมาใช้บังคับได้ เช่น การใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง

- บางกรณีหลักของกฎหมายปกครองอาจเหมือนกับหลักของกฎหมายเอกชนได้เพราะใช้บังคับแก่มูลกรณีอย่างเดียวกัน ฉะนั้นกฎหมายเอกชนจึงมีส่วนที่จะช่วยสร้างหลักของกฎหมายปกครองอยู่บ้าง เพราะกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายใหม่ ไม่มีหลักเกณฑ์ครบถ้วนเหมือนหลักกฎหมายแพ่ง อันเป็นกฎหมายเอกชน

- ในบางครั้งมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เช่นในเรื่องหนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำตามกฎหมายแพ่ง

จึงเห็นได้ว่า แม้กฎหมายปกครองจะมีหลักของตนเองโดยเฉพาะ แต่ก็นำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ โดยเฉพาะในกรณีของประเทศไทย ศาลยุติธรรมจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับเพราะศาลถือว่าเป็นความยินยอมของเอกชนคู่สัญญาที่จะเข้ามามีนิติสัมพันธ์กับหน่วยงานของรัฐ ตามข้อกำหนดในสัญญาต่างๆ เหล่านั้น

### บทที่ 3

#### แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของไทยในปัจจุบัน

จากการที่ประเทศไทยได้มีการปกครองพระราชบัญญัติว่าด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกา 2522 ขึ้นมา โดยความประสงค์ของรัฐบาลที่ประสงค์ ให้มีองค์กรทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร และทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง ในกรณีที่เอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเรื่องที่อยู่ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ
- (2) ความเดือดร้อน หรือความเสียหายตาม (1) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ
  - (ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ
  - (ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินควร
  - (ค) กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือขัดหรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมาย
  - (ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือ

(จ) กระทำการโดยไม่สุจริต หรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ดังนั้น หากเอกชนคู่สัญญาเห็นว่าตน ได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย อันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ก็สามารถมาร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้ทำการชี้ขาดพิพาทดังกล่าวได้<sup>(๘๐)</sup>

ซึ่งเป็นขั้นตอนของการดำเนินการตามกฎหมาย ก่อนนำคดีข้อพิพาทมาสู่ศาล

เราจึงมีแนวความคิดแบ่งเป็น 2 แนวดังนี้

### 3.1 แนวความคิดของฝ่ายปกครอง

เป็นแนวความคิดที่สะท้อนมาจากปรับพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาพ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อตรวจสอบแนวความคิดและปรัชญาของนักกฎหมายไทยและมีการวางแนวทางของหลักสัญญาของฝ่ายปกครองของไทย โดยมีการวางแนวทางที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า แม้ว่าการเข้าทำตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกชนยังต้องให้ความยินยอมในการเข้าผูกพันตามข้อสัญญาก็ตาม แต่ตามข้อกำหนดในสัญญาของฝ่ายปกครองรัฐ ก็ยังสงวนอำนาจฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะได้ซึ่งในสัญญาทางแพ่งไม่อาจกระทำได้ โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและในทางตรงข้ามหลักการเดียวกันนี้เอง ที่ทำให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับความเสียหาย เพราะเหตุการณ์ที่ปฏิบัติการตามสัญญาที่เป็นไป

<sup>(๘๐)</sup> ตูมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา .

ด้วยความยากลำบาก และต้องเสียค่าใช้จ่ายเกินขนาด เนื่องจากเหตุอันมิ-  
อาจคาดหมายล่วงหน้าได้หรือเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นต้น  
ในขณะที่ตามสัญญาทางแพ่งคู่กรณีที่ได้รับความสะดวกเสียหายจากเหตุเช่นว่านั้น หากมี  
สิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างไรไม่

จึงเห็นได้ชัดว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะ ที่เป็น  
"หน่วยงานบริหาร" ของคณะกรรมการการกฤษฎีกาได้พยายามสร้างพื้นฐาน  
ทางปรัชญากฎหมายปกครองให้เกิดขึ้น โดยการวางแนวทางของหลักกฎหมายที่  
เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งสถาบันของฝ่ายปกครองพัฒนาขึ้นมาใช้ แม้ว่า  
บางกรณีจะเป็นการผูกพันตามหลักในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม ซึ่งเป็น  
ผลมาจากการตุ๊กติกรรมของฝ่ายปกครอง พบว่ามีลักษณะบางประการสำคัญที่  
แตกต่างจากกิจกรรมของเอกชน กล่าวคือ มีลักษณะบางประการสำคัญ  
กิจกรรมของฝ่ายปกครองมี วัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชน  
กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำ จึงเป็นบริการสาธารณะ อันต่างจากกิจกรรมของ  
เอกชนส่วนใหญ่ ที่มุ่งประโยชน์ส่วนตนในเชิงกำไร หรือชื่อเสียงเกียรติยศสำ-  
คัญ ด้วยเหตุนี้ วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรม บริการสาธารณะ  
ทั้งหลาย จึงมักมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนอยู่ หรือฝ่ายปกครองอาจแสดง  
เจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เป็นข้อบังคับ หรือคำสั่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหว  
ในสิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้ โดยเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอมด้วย

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวนี้ ถือเป็นเรื่องภายในฝ่ายบริหาร  
เท่านั้น เมื่อปรากฏว่าได้รับความเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานของ  
รัฐ สามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวฟ้องร้องยังศาลยุติธรรมได้ แต่ก็ถือเป็น  
ความพยายามของฝ่ายบริหารพยายามที่จะสร้าง หลักกฎหมายปกครองขึ้นใน  
ประเทศไทย (ทั้งวิธีกึ่งบัญญัติและสารบัญญัติ) ให้เกิดขึ้นโดยเจตนาที่จะหาข้อ  
เท็จจริง และตรวจสอบแนวนิติปรัชญาในสาขากฎหมายปกครอง ของนัก -  
กฎหมายไทย เพื่อเป็นแนวทาง และเปิดโอกาสให้ สถาบันฝ่ายปกครองพัฒนา

กฎหมายปกครอง ขึ้นใช้บังคับในทางบริหารได้ ในอนาคต

### 3.2 แนวความคิดของฝ่ายตุลาการ

โดยหลักแล้ว ศาลยุติธรรมถือว่าสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่นิติกรรม ซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ในการแสดงเจตนาทุกฝ่ายต้องแสดงเจตนาตกลงยินยอมต่อกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นข้อเสนอขึ้นมาแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองรับ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญา จึงเกิดขึ้นและสัญญาย่อมจะก่อสิทธิหน้าที่ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา ไม่คำนึงว่าจะ เป็นสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันหรือ เป็นการแสดงเจตนาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเฉพาะตามหลักลาตินเกี่ยวกับข้อความนี้คือ RES INTER ALIOS ACTS, ALIIS NEQUE NOCERE NEQUE PRODESSE POTEST หรือ RES INTER ALIOS ACTA ALIIS NEQUE NOCET PRODEST ถือว่า สิ่งที่ทำกันขึ้นระหว่างกัน ย่อมไม่สามารถก่อความเสียหาย หรือผลดีแก่ผู้อื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งสัญญาก็คือ กฎหมายระหว่างผู้ทำสัญญานั้นเอง<sup>(๑)</sup> อันคู่สัญญาจะต้องเคารพถือปฏิบัติตามและสิ่งที่ผูกพันคือข้อความในสัญญาคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนไม่ได้ นอกจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะตกลงยินยอมด้วย ยิ่งกว่านั้นการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมเปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอน

<sup>(๑)</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1134 กล่าวว่า "LES CONVENTIONS TIENNENT LIEU DE LA LOI A CEUX QUI LES ONT FAITES" (สำหรับผู้ทำสัญญานั้นสัญญาคือกฎหมาย) อ้างจาก จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและหนี้ กรุงเทพมหานคร : เอรಾವัง-การพิมพ์, 2522), หน้า 313

สิ่งที่ผูกพันตามสัญญา ต้องกระทำกันก่อนที่คู่สัญญาจะได้ปฏิบัติตามสิ่งที่ผูกพันนั้น หากคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสิ่งที่ผูกพันไปแล้วจะเพิกถอน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้

สัญญานั้น ยิ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างกัน โดยหนี้ของคู่สัญญา แต่ละฝ่าย ต่างเป็นข้อไขซึ่งกันและกัน และมีผลตามกฎหมาย คือคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิไม่ยอมชำระหนี้ที่ตนเป็นลูกหนี้ ในเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเดียวกันนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเป็น เรื่องของความเสมอภาคซึ่งกันและกัน ในระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งศาลยุติธรรมจะอาศัยหลักกฎหมาย ดังกล่าวในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นไม่คำนึงว่าเป็นคดีปกครองหรือไม่อย่างไร

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมยังถือว่าตน เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีปกครองมาเป็นเวลาช้านาน โดยปฏิบัติหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ ภายในขอบเขตที่เหมาะสม โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเฉพาะและตามกฎหมาย ไม่เคยแทรกแซงขัดขวางการบริหารนโยบายของรัฐ โดยช่วยดูแลให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ เพื่อให้การดำเนินนโยบายเป็นไปโดยราบรื่น

และเมื่อฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้กฎหมาย เป็นหน้าด่านสัมผัสประชาชน โดยตรงย่อมมีการกระทบกระทั่งกันเป็นธรรมดา คดีปกครองขึ้นสู่ศาลเมื่อมีข้อพิพาทโต้แย้งระหว่างรัฐกับเอกชนการพิจารณาคดีปกครอง โดยองค์กรภายในสายการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ทำให้ขาดฐานะคนกลาง เมื่อประชาชนไม่พอใจคำวินิจฉัยก็ต้องหาทางร้องเรียนผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปเรื่อยๆ ในที่สุดผู้ใช้อำนาจบริหารเองในฐานะผู้บังคับบัญชาย่อมต้องได้รับกระแส ความขัดแย้งจากประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ตำแหน่งของศาลผู้ใช้อำนาจตุลาการ จึงถูกกำหนดให้ตั้งลงตรงกลางความขัดแย้งนั้นในฐานะคนกลาง เพื่อลดความรุนแรง

ของการกระทบกระทั่ง โดยอาศัยความปลอดภัยจากผลประโยชน์และจากอำนาจ  
บงการ สร้างความยอมรับในฐานะผู้รักษาความยุติธรรมเป็นฐานแห่งบทบาท  
และทำให้การบริหารราชการแผ่นดินราบรื่น

และโดยหลักปฏิบัติส่วนใหญ่แล้ว ศาลยุติธรรมจะนำบทบัญญัติของกฎ-  
หมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการ  
ทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยเฉพาะหลักในเรื่องสิทธิ และ  
หน้าที่ของคู่สัญญา, ผลแห่งสัญญา, ข้อกำหนดในเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับ, การ-  
บอกเลิกสัญญามาใช้บังคับ โดยมีได้คำนึงถึงว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่  
แต่อย่างไร โดยถือว่ามีลักษณะเหมือนสัญญาทั่วๆ ไปซึ่งคู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่  
ตามข้อกำหนด และเงื่อนไขในสัญญา เสมือนหนึ่งว่าเป็นสัญญาที่เอกชนทำกับ  
เอกชนด้วยกัน มิได้คำนึงถึงว่าการกระทำของฝ่ายปกครองบางประการนั้น มี  
ลักษณะแตกต่างจากการกระทำของเอกชน ดังนั้นผลของคำพิพากษาดังกล่าวอาจ  
ทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายได้ เช่นในกรณีสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง-  
อาคารระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด รวยชัยสถาปัตยกรรมและกรมตำรวจฯ เลขนั้น  
ปรากฏว่าเอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย เนื่องจากผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องส่ง-  
มอบพื้นที่และกำหนดแนวเขตพื้นที่ที่โจทก์จะต้องก่อสร้าง การที่จำเลยสั่งระงับ  
การก่อสร้างเพราะการวางผังและตอกเสาเข็มรูก่อสร้างเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น ถือ  
เป็นความผิดของจำเลย ที่ไม่สามารถให้โอกาสดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาได้  
และข้อสัญญาไม่ได้กำหนดสิทธิให้เอกชนสามารถบอกเลิกสัญญาได้สิทธิของเอกชน  
จึงมีอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แม้สัญญาจะมีกำหนดระยะเวลาไว้ก็ตาม  
แต่เมื่อหน่วยงานราชการมีคำสั่งให้ เอกชนระงับการก่อสร้างไว้ก่อนคู่สัญญาก็ยัง  
ได้เจรจากันตลอดมา จนแม้เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องคดีนี้ โจทก์ก็ยังเสนอเงื่อนไขต่อ  
จำเลยในการที่จะดำเนินการก่อสร้างต่อไปอีก แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาไม่ถือเอา  
กำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาเป็นข้อสำคัญอีกต่อไปกรณี จึงถือตามประมวล-  
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 กล่าวคือ โจทก์ต้องบอกกล่าวให้จำเลย  
ดำเนินการให้โจทก์ลงมือก่อสร้างต่อไป โดยกำหนดระยะเวลาสมควรให้จำ-

### เลยแก้ไขข้อขัดข้อง

ถ้าจำเลยแก้ไขข้อขัดข้องภายในเวลาที่กำหนดให้แล้วโจทก์ จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อโจทก์ยังไม่ปฏิบัติตามบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย กล่าวคือ โจทก์ก็ต้องบอกเลิกสัญญาเสียก่อนจึงจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้

จากคำพิพากษาข้างต้นเป็นเรื่องที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือว่าทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับตามเสียหายอันเกิดจากการกระทบของฝ่ายปกครองแล้วแทนที่จะได้รับเงินทดแทนความเสียหายได้กลับต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายข้างต้นเสียก่อน เมื่อไม่ปฏิบัติก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้

หรือข้อกำหนดในสัญญา ที่ให้อำนาจคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานราชการสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ ในกรณีที่มีความจำเป็น หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ถือว่าสัญญาเหล่านี้มีผลใช้บังคับเนื่องจากเป็นเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

จากสองแนวทางความคิดดังกล่าวเห็นได้ว่า เรามีหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องสัญญาใช้บังคับกับสัญญาต่างๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับคู่สัญญา ซึ่งเป็นหน่วยของรัฐอยู่แล้ว ก็คงจะต้องใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เช่นเดิม แต่เราควรมีแนวทางแก้ไขให้เอกชนคู่สัญญาให้ได้รับตามคุ้มครองมากยิ่งขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองเหล่านี้ โดยเฉพาะตามอย่างของประเทศฝรั่งเศส แต่ควรหาทางเยียวยาแก้ไขความเสียหาย ให้แก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ดังเช่นประเทศอังกฤษก็ได้ ซึ่งอังกฤษจะมี

วิธีการให้ค่าชดเชยพิเศษนอกเหนือจากกฎหมาย โดยวิธีการเยียวยา เช่นนี้  
 กระทรวงการคลังจะเป็นผู้คอยดูแลทั่วไป แม้หน่วยงานรัฐจะไม่ต้องรับผิดชอบ  
 ตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา

ส่วนของประเทศไทย ยังไม่มีแนวความคิดในเรื่องนี้ให้เห็นอย่าง  
 เด่นชัด อาจะพบได้บางสัญญา เช่น สัญญาสัมปทานป่าไม้มีการกำหนดเงินชดเชย  
 ให้แก่เอกชนที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ในเขตสัมปทาน เพื่อประโยชน์ของชาติ  
 หรือเพื่อรักษาสมดุลของสภาพแวดล้อม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ผู้รับ  
 สัมปทานมีสิทธิได้รับเงินชดเชยความเสียหายดังกล่าวได้ แต่ยังคงปฏิบัติตาม  
 หลักในเรื่องการบอกเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ซึ่งเป็น  
 กฎหมายหลักของไทยก่อน แล้วจึงจะได้รับเงินค่าเสียหาย นั้นๆ ส่วนสัญญาอื่นๆ  
 เรายังไม่มีข้อกำหนด ในเรื่องการเยียวยาชดเชยความเสียหายที่ เกิดจาก  
 การกระทำของหน่วยงานของรัฐ เช่น เรื่องการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเปลี่ยนแปลง  
 แก้ไขข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งทำให้เอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้น หรือต้องเสีย  
 ค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นแต่อย่างไร

ดังนั้นเมื่อเราไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องการชดเชยค่าเสียหายเหล่านี้  
 ใช้บังคับเรา จึงควรกำหนดค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการกระทำตาม  
 คำสั่งของหน่วยงานของรัฐ ไว้ในข้อกำหนดของแต่ละสัญญาไปว่าจะต้องเสียค่า-  
 ชดเชยความเสียหายเหล่านั้น

## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### บทสรุป

สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนของประเทศ ที่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครอง กับสัญญาของประเทศที่ไม่มีหลัก ในเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าสัญญาของประเทศที่มีหลัก ในเรื่องสัญญาทางปกครองจะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองบางประการ เพื่อให้ งานด้านบริการสาธารณะดำเนินไปโดยไม่ขัดข้องอันได้แก่ อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว, ทฤษฎีอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ ทำให้เอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ หรือทำให้เอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงเกินขนาด จึงต้องมีแนวทางการเยียวยา ความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา

โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นระบบมีกฎหมายที่แน่ชัด เป็นเหตุเป็นผลมากที่สุดประเทศหนึ่ง โดยมี "แนวความคิด" ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนจะต้องมีระบบกฎหมายพิเศษต่างหากจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน เพื่อประสานประโยชน์สาธารณะ กับ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนเข้าด้วยกัน ให้อยู่ในดุลยภาพที่เหมาะสม

ส่วนประเทศที่ยังไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองใช้บังคับอันได้แก่ ประเทศอังกฤษและไต้หวันโดยเฉพาะอังกฤษ ซึ่งมีกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นมาก กล่าวคือข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้น แม้รัฐจะไม่ต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา แต่ถ้าเห็นว่าคู่กรณีได้รับความเสียหาย โดยไม่เป็นการธรรม อังกฤษจะมีวิธีการให้ค่าชดเชยพิเศษนอกเหนือจากกฎหมาย โดยกระ-

ทรวงการคลังเป็นผู้ดูแลและเป็นการเยียวยาขาดใช้ค่าเสียหายแก่เอกชน ในการ  
เข้าทำสัญญาระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ

จากการตรวจสอบแนวความคิดของนักกฎหมายไทย โดยใช้หลักของ  
ประเทศฝรั่งเศส และอังกฤษแล้ว พบว่า

1. แนวความคิดของนักกฎหมายไทย ยังไม่มีแนวความคิด ตาม  
แนวทางของหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส หรือสัญญาของฝ่ายปกครอง  
ของอังกฤษ

2. เมื่อนำแนวความคิดเรื่อง การชดใช้เยียวยาความเสียหาย  
ของทั้งฝรั่งเศสและอังกฤษมาเปรียบเทียบกับของไทยแล้ว ทำให้เห็นว่ามีเหตุผล  
ที่เหมาะสมให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ โดยเฉพาะไทยเริ่มมีแนวความคิด  
ทางด้านนี้ ตัวอย่างได้แก่การให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว  
ตามสัญญาที่ทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งหน่วยงาน  
ของรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้อำนาจดังกล่าวให้แก่เอกชนคู่สัญญา

ข้อเสนอแนะ

แม้ผลการศึกษาจะปรากฏว่า ในปัจจุบัน กฎหมายไทยยังไม่มี  
แนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่การไม่มีแนวความคิด เช่นนี้  
ไม่ใช่เป็นเรื่องผิดหรือถูก ทั้งนี้เพราะ "แนวความคิด" เป็นสิ่งที่หล่อหลอมมา  
จากการเรียนรู้และถ่ายทอดกันต่อมาในภายหลัง และในการพัฒนาหลักกฎหมาย  
ปกครองก็ขึ้นอยู่กับแนวความคิดหรือปรัชญาของนักกฎหมาย

โดยเฉพาะ แนวความคิดที่ได้จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่เนื่องจากจำนวนข้อพิพาทในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองต่างๆ นั้น มีจำนวนน้อย แต่แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการพิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ก็ได้พยายามวางหลักการในเรื่องเหล่านี้ไว้ โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า สัญญาที่ขัดกันจะไม่ตีความเป็นไปในทางที่เอาเปรียบประชาชนเพราะรัฐไม่ประสงค์ให้ตีความเป็นไปในทางเอาเปรียบประชาชน ซึ่งเห็นว่า ไม่ใช่เป็นหลักของกฎหมายเอกชนตามปกติ

ดังนั้น การที่วิทยานิพนธ์นี้ได้ศึกษา และประเมินแนวความคิดของนักกฎหมายไทย ทำให้พบว่า แนวความคิดของเราในเรื่องนี้เป็นอย่างไร สามารถนำมาเป็นพื้นฐานในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยได้ต่อไป แต่การพัฒนาการของหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น อาจจะเป็นไปได้อย่างช้าๆ ค่อยเป็นค่อยไปและอาจไม่ทันต่อเหตุการณ์ได้ ในเมื่อเราไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องเหล่านี้บัญญัติไว้แจ่มชัด เราอาจจะกำหนดเรื่องค่าชดเชยความเสียหายลงไว้ในข้อกำหนดของสัญญา ซึ่งอาจจะ เป็นแนวทางการเยียวยาแก่เอกชนผู้เสียหายได้

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- จิต เศรษฐบุตร หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ กรุงเทพมหานคร :  
เอราวัณการพิมพ์, 2522.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ กฎหมายว่าด้วยสัญญา กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ -  
จรัสสินทวงศ์, 2527.
- ประยูร กาญจนดุล คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร :  
โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- สีก กอแสงเรือง คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร :  
โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2517.
- เส็นีย์ ปราโมช ประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2.  
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ , 2520.
- ศักดิ์ สอนงชาติ คำอธิบายประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม  
และสัญญา. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2524.

อิสสระ นิตินัทประภาศ กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ พิมพ์ครั้งที่ 5  
กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายตำรา และอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัย  
รามคำแหง, 2529.

### วารสารเอกสารอื่น

จิรนิติ หะวานนท์ "การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลยุติธรรม"  
มหาดำเนินคดี เล่ม 42 ตอน 3 (2529) : 26-45.

ชาย ชัยโฮ "ความเสี่ยงของดอนเมืองโทลเวย์" วารสารผู้จัดการรายเดือน  
ปีที่ 10 ฉบับที่ 111 (ธันวาคม 2535) : 162-176

ชาญชัย แสงศักดิ์. "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง  
และสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 (เมษายน 2533) ตอน 1 : 159

\_\_\_\_\_ "ความเป็นมาและปรัชญากฎหมายมหาชน" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 (2529) : 50-72

\_\_\_\_\_ "ความเป็นมาและปรัชญากฎหมายมหาชน" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 4 ตอน 3 (2528) : 568-569

\_\_\_\_\_ ความเป็นมาและบทบาทของ "พนักงานคดีปกครอง" ใน  
ระบบพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสศาลยุติธรรม  
และของประชาคมยุโรป และของประเทศไทย วารสาร  
กฎหมายปกครอง เล่ม 7 (สิงหาคม 2531) ตอน 2  
: 373-413

- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. "สัญญาทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ" เอกสาร  
การฝึกอบรมนิติกรหลักสูตร "สัญญาทางปกครอง" บรรยายที่สำนัก-  
งานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529.  
(อัดสำเนา)
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. "สัญญาทางปกครอง ฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง  
73 เล่ม 5 (2529) : 73-120
- ประยูร กาญจนกุล. "กฎหมายปกครอง" วารสารกฎหมาย 109 เล่ม 3  
(กันยายน 2517) : 109-121
- พนม เอี่ยมประยูร. "ผลของสัญญาทางปกครอง" เอกสารโครงการฝึกอบรม  
นิติกรหลักสูตร สัญญาทางปกครอง เสนอที่สำนักงานคณะกรรมการ  
การกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2531
- โภคิน พลกุล "การแก้ไขสัญญาทางปกครองและการสิ้นสุดแห่งสัญญาทางปกครอง"  
เอกสารโครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง เสนอที่  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2531.
- มนตรี อามินี "การบริหารพัสดุของภาครัฐบาลกับภาคเอกชน เอกสารทาง  
วิชาการของสมาคมนักพัสดุแห่งประเทศไทย สำหรับการสัมมนาประ-  
จำปี 2527 เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2527.
- รังสิกร อุปพงศ์ "ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลมหาชน" เอกสารประกอบการฝึก-  
อบรมนิติกรหลักสูตร "สัญญาทางปกครอง" เสนอที่สำนักงานคณะ  
กรรมการกฤษฎีกา เสนอที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่  
28 กันยายน 2531

วิบูลย์ กัมมาระบุตร. "การจัดประเภทของสัญญาทางปกครองทั่วไป" เอกสาร  
โครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตรทางปกครองเสนอที่สำนักงาน  
คณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2531

วิบูลย์ กัมมาระบุตร. "สัมปทานบริการสาธารณะ" เอกสารโครงการฝึกอบรม  
นิติกร หลักสูตรสัญญาทางปกครองเสนอที่สำนักงานคณะกรรมการ-  
กฤษฎีกา เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2531

วิบูลย์ ชนชัยวิวัฒน์ "ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535"  
กรุงเทพมหานคร : สุตรไพศาลการพิมพ์, 2535

ฤทัย หงส์สิริ "ปัญหาและข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการเลิกสัมปทานป่าไม้"  
วารสารอัยการ 5 (มกราคม 2532) : 49-60.

\_\_\_\_\_ "ความเป็นมาและปรัชญากฎหมายมหาชน" วารสารกฎหมาย  
ปกครอง 4 (ธันวาคม 2528) : 483-570

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา. "บันทึกของเลขาธิการ สำนักงานคณะกรรมการ  
การกฤษฎีกา เรื่องนิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง-สัญญา  
ทางปกครอง." วารสารกฎหมายปกครอง 7 (สิงหาคม 2531) :  
399-603.

\_\_\_\_\_ "บันทึกข้อสังเกต ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา  
เรื่องร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. ...."  
วารสารกฎหมายปกครอง (เล่ม 1 สิงหาคม 2528)  
ตอน 2 : 682-729

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 12/12524 เรื่อง บริษัทสีลม-  
เซียงไฮ้เฟอร์นิเจอร์และก่อสร้างจำกัด ขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการ  
การก่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาหลักสูตร กรมวิชาการ กระทรวง  
ศึกษาธิการ" 2524.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 24/2526 เรื่องบริษัทก่อสร้าง  
(1971) จำกัด ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรม กรณีการก่อสร้าง  
ถนนสุขุมวิท 71 (ตอนที่ 2) ของกรุงเทพมหานคร," 21 มีนาคม  
2526.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 94/2526 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด  
ร้องทุกข์ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการต่ออายุสัญญาจ้าง (กรณีนี้  
ผู้ร้องทุกข์ได้ยื่นคำร้องทุกข์เมื่อพ้นกำหนดอายุความร้องทุกข์แล้ว)."  
2526.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 101/2526 เรื่องบริษัทคนชววิทย์  
จำกัด ร้องทุกข์ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม ในการต่ออายุสัญญา  
ก่อสร้างวิทยาลัยเกษตรกรรม กำแพงเพชร และวิทยาลัยเกษตร-  
กรรม พิจิตร." 15 พฤศจิกายน 2526

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 37/2527 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด  
ธีรคุณก่อสร้างขอให้กรมการฝึกหัดครูคืนเงินค่าปรับ กรณีการก่อ-  
สร้างวิทยาลัยครูอุบลราชธานี." 23 เมษายน 2527.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 43/2527 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด  
เอสทีการช่าง ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรม ในการเลิกเงินค่าปรับ  
ราคา(ค่า K)." เมษายน 2527.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 45/2528 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด สหชัยก่อสร้างขอต่ออายุสัญญาก่อสร้างโรงพยาบาลชานพระนคร."

12 มิถุนายน 2528.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 92/2528 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด ชนุทองชัยภูมิก่อสร้าง ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรม กรณีรับจ้างก่อสร้างตึกคนไข้นอก โรงพยาบาลชัยภูมิ." 4 พฤศจิกายน 2528.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 1/2529 เรื่องบริษัทแพสแบคคอร์ปอเรชั่นจำกัด ร้องทุกข์ ว่าวิทยาลัยเทคโนโลยี และอาชีวศึกษา ไม่ปฏิบัติตามสัญญา." 13 มกราคม 2529.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 49/2529 เรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด ศรีสะเกษ ป.การช่าง ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย กรณีค่าจ้างเหมาก่อสร้างอาคาร ของโรงเรียนในสังกัดสำนักงานการประถมศึกษา จังหวัดศรีสะเกษ." 2529.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 55/2529 เรื่องบริษัทจุฬาวิศวกรรมจำกัด ขอให้กรุงเทพมหานครคืนเงินค่าปรับ."

17 พฤศจิกายน 2529.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์. "คำวินิจฉัยที่ 23/2530 เรื่องบริษัทเลิศเอ็นเอ็นเอ็นเรียจ (1983) จำกัด ร้องขอความเป็นธรรม เกี่ยวกับการขอต่ออายุสัญญาก่อสร้างและการขอคืนเงินค่าปรับ." พฤษภาคม 2530.

ภาษาต่างประเทศหนังสือ

AUBY, J-M, ET DRAGO, F TRAITE DE CONTENTIEUX  
ADMINISTRATIF TOME 11. PARIS : L.G.D., 1984

CHAPUS, RENÉ. DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRALE. 3<sup>E</sup> ÉDITION.  
PARIS : MONTCHRESTIEN, 1987.

DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. DROIT ADMINISTRATIF. TOME 1-10<sup>E</sup>  
ÉDITION. PARIS : L.G.D.J., 1988.

DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. MODERNE, FRANCK ET DELVOLVÉ, PIERRE.  
TRAITE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. TOME 1.2<sup>E</sup>  
ÉDITION. PARIS : L.G.D.J., 1983

GEORGES, VEDEL, DROIT ADMINISTRATIF, PARIS, PUF, 1976

J.L.DE CORAIL, X DELCROS, D. WOLF, LE CONTRAT  
ADMINISTRATIF, IN DOCUMENTS D'ÉTUDES DROIT  
ADMINISTRATIF NO 2.11, PARIS DOCUMENTATION  
FRANÇAISE, 1977

## ประวัติผู้เขียน

นางสาวรัตนา เล็กสมบูรณ์ไชย เป็นบุตรของนายสุจินต์ และนางพรรณี เล็กสมบูรณ์ไชย เกิดเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2502 ที่ตำบลเมือง อำเภอสุวรรณภูมิ จังหวัดสุโขทัย สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2525 สำเร็จการศึกษาจากสำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา เมื่อปีการศึกษา 2529 ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายสินเชื่อบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ตะวันออก-พายเน้นซ์(1991)จำกัด