

ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย



นายพิษณุ กลั่นนุรักษ์

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2553

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



5 1 8 5 9 9 0 8 3 4

THE LEGAL PROBLEMS OF MODIFICATION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTUAL
CLAUSES IN THAILAND

MR.PISANU KLUNNURUK

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2010

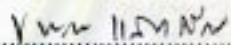
Copyright of Chulalongkorn University


หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย
โดย นายพิษณุ กลั่นนุรักษ์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร.ชาญชัย แสงศักดิ์)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ)

พิษณุ กลั่นนุรักษ์ : ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย
(THE LEGAL PROBLEMS OF MODIFICATION OF ADMINISTRATIVE
CONTRACTUAL CLAUSES IN THAILAND.) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก :
ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, 186 หน้า.

สัญญาทางปกครองของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นหลัก ในปัจจุบันแม้จะมีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่ก็ยังไม่มีบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองโดยตรง ทำให้กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองไม่มีกระบวนการหรือกฎเกณฑ์เฉพาะที่จะนำมาใช้บังคับ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดเพียงความหมายของสัญญาทางปกครองบางประเภท เขตอำนาจศาลปกครอง และระยะเวลาการใช้สิทธิฟ้องคดีปกครอง แต่ไม่ได้กำหนดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองเอาไว้ ด้วยเหตุนี้การแก้ไขตามแนวทางที่ทำกันอยู่ในปัจจุบันก็คือ ในบางสัญญามีการกำหนดหลักเกณฑ์การแก้ไขไว้ในตัวสัญญา บางสัญญาก็ใช้หลักเกณฑ์เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของรัฐ การแก้ไขดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาฟ้องร้อง ต้องให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดถึงความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไข ดังนั้น การศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายและนำเสนอแนวทางแก้ไขในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์ เพื่อให้การใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการมอบบริการสาธารณะให้ผู้อื่นไปจัดทำบรรลุเป้าหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองมี 2 ลักษณะ โดยมีแนวทางการปรับปรุงดังนี้

1. ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญาในเรื่องการแก้ไขเอาไว้ ควรสร้างความรู้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์และแนวทางการดำเนินการตามข้อตกลง รวมทั้งกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง เพื่อความโปร่งใสและป้องกันปัญหาการทุจริต
2. ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ ควรสร้างความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง รวมทั้งปรับปรุงกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองใน 2 ประเด็น

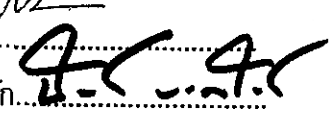
2.1 บทบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจในเรื่องต่างๆ ใช้ได้แค่ไหนเพียงใด และที่สำคัญคือการบัญญัตินิยามของคำว่า "เอกสิทธิ์" เพื่อเป็นฐานอำนาจในเรื่องดังกล่าว

2.2 บัญญัติขั้นตอนการดำเนินการในการแก้ไขสัญญาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....

ปีการศึกษา.....2553.....

ลายมือชื่อนิสิต.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

##5185990834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : ADMINISTRATIVE CONTRACTS

PISANU KLUNNURUK : THE LEGAL PROBLEMS OF MODIFICATION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTUAL CLAUSES IN THAILAND. ADVISOR : PROFESSOR NANTAWAT BORAMANAND, Ph.D., 186 pp.

Administrative contract in Thailand has been influenced mainly by countries adopting Civil Law. Although, at present, administrative contract is separated from civil contract, no provisions or principle of law concerning administrative contract having been made available. As a result, no procedure or specific rules are there to enforce cases of administrative contractual cause modifications. The Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (A.D. 1999), only provides the meaning of certain administrative contracts, the jurisdiction of the Administrative Court, and the period of time for which the administrative actions are required to be brought before the Administrative Court. However, there has been no mentioning regarding modification of administrative contractual clauses. Because of this, modification of administrative contracts currently has to follow the built-in provisions. Certain administrative contracts rely on the state's *ex parte* privileges. Such modifications brought cases to Court seeking decision on justification of the alterations. In this regard, it is beneficial to conduct a study on legal problems and to present solutions thereto in order to utilize administrative contracts as effective tools to achieve goals in allowing public services to be carried out by other parties.


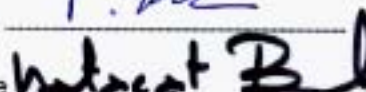
The study finds that there are two forms of legal problems regarding administrative contract modification with the following solutions:

1. With regard to the problem of modifying administrative contract which has already provided modification clauses, knowledge and understanding of criteria and method of execution should be created. Measures dealing with modification of administrative contracts should be formulated to constitute transparency and to prevent corruption.

2. With regard to the problem of modifying administrative contract utilizing the state's *ex parte* privileges, knowledge and understanding of basic legal principle of administrative contracts should be created as well as amendments of law of importance on administrative contract should be made in 2 areas:

2.1 Clear provisions of the state's privileges regarding administrative contract modification should be incorporated in the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (A.D. 1999), by prescribing specific extent of the exercise of power in different scenarios. The importance is with the provision of the definition of the term "privilege(s)" which will be used as base for the exercise of such power.

2.2 Provisions of procedure for the execution of administrative contract modification should be incorporated in the Private Participation in State Undertaking Act B.E.2535 (1992).

Field of Study : Laws Student's Signature 
Academic Year : 2010 Advisor's Signature 

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และได้ให้ทั้งความรู้ คำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ทั้งในฐานะกรรมการผู้สอบวิทยานิพนธ์และอาจารย์ผู้ให้ความรู้ในเรื่องกฎหมายของประเทศเยอรมัน ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณนายพินิจและนางนงเยาว์ กลั่นนุรักษ์ บิดา-มารดา ที่เคารพรักอย่างยิ่ง ผู้ให้กำเนิดและเลี้ยงดูอบรมในเบื้องต้น ขอขอบคุณนักวิชาการที่เป็นเจ้าของผลงานทุกท่านที่นำมาอ้างอิงและใช้ประโยชน์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณกำลังใจจากครอบครัว ขอขอบคุณ Print Firm ที่เป็นผู้จัดทำต้นฉบับให้อย่างมีความรับผิดชอบ และทำยที่สุดขอขอบคุณจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ให้โอกาสเป็นนิติศาสตร์มหาบัณฑิต

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

	หน้า
2.1.4 แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ.....	17
2.1.4.1 ความหมายของบริการสาธารณะ.....	17
2.1.4.2 ประเภทของบริการสาธารณะ.....	18
2.1.4.3 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	20
2.1.4.4 องค์การผู้จัดทำบริการสาธารณะ.....	22
2.1.4.5 เครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	22
2.2 แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยข้อตกลงของคู่สัญญา	25
2.2.1 การแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงกำหนดไว้ในตัวสัญญา	
ให้แก้ไขได้โดยฝ่ายเดียว	25
2.2.1.1 หลักการที่ว่าด้วยสัญญาเป็นกฎหมายของคู่สัญญา.....	25
2.2.1.2 การกำหนดเอาไว้ในสัญญาถึงขอบเขตของการแก้ไข	
เปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว	26
2.2.1.3 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยอาศัยอำนาจ	
ตามข้อตกลงในสัญญาที่เรียกว่า Change Clause	27
2.2.2 การตกลงกันในการแก้ไขสัญญาโดยการเจรจา	28
2.3 แนวคิดเรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง	28
2.3.1 อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่กำหนดเอาไว้ใน	
กฎหมาย	29
2.3.1.1 จุดประสงค์ของการให้ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์	29
2.3.1.2 ประเภทของเอกสิทธิ์ที่เป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญา	
ฝ่ายเดียว	30
2.3.2 อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่ไม่ได้กำหนด	
โดยสัญญาหรือกฎหมาย	31
2.4 บทสรุป	32

	หน้า
บทที่ 3 หลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ	33
3.1 หลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในกลุ่มประเทศ Common Law.....	33
3.1.1 กระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศ สหรัฐอเมริกา.....	34
3.1.1.1 ประเภทของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่าย ปกครองตามระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของ รัฐบาล.....	34
3.1.1.2 การแปลงหนี้ใหม่	44
3.1.1.3 การให้สิทธิในการให้บริการสาธารณะ	49
3.1.2 กระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษ.....	52
3.1.2.1 หลักความเสมอภาค	53
3.1.2.2 หลักความต่อเนื่อง	56
3.1.2.3 หลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่าย เดียว (Variations Clause)	57
3.1.2.4 หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (“Break” Clause).....	59
3.1.2.5 หลักการได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม (Ex Gratia Payment)	59
3.1.2.6 หลักการเพื่อสังคม	60
3.2 กระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในกลุ่มประเทศ Civil Law.....	61
3.2.1 กระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....	61
3.2.1.1 ผลของสัญญา	61
3.2.1.2 ศาลปกครองกับการแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา ทางปกครอง.....	68

	หน้า
3.2.2 กระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน.....	70
3.2.2.1 การปฏิบัติการชำระหนี้และการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้.....	71
3.2.2.2 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทาง ปกครอง.....	72
3.3 บทสรุป	79
บทที่ 4 หลักกฎหมายการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย.....	84
4.1 หลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญา.....	84
4.1.1 การแก้ไขโดยอาศัยข้อตกลงหรือข้อกำหนดในสัญญา.....	85
4.1.2 การแก้ไขโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปและการเจรจา.....	86
4.1.2.1 การแก้ไขสัญญาของรัฐตามแนวทางของระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.....	87
4.1.2.2 การแก้ไขสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติว่า ด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการใน กิจการของรัฐ พ.ศ. 2535.....	90
4.2 หลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว.....	94
4.2.1 กรณีกำหนดเอาไว้ในกฎหมายหรือสัญญาทางปกครอง.....	94
4.2.1.1 กรณีกำหนดเอาไว้ในกฎหมาย.....	94
4.2.1.2 กรณีที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา.....	100
4.2.2 กรณีไม่ได้กำหนดเอาไว้ในกฎหมายแต่เป็นแนวทางการตามคำ พิพากษาของศาล.....	102
4.3 สรุป	104
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเศ ไทย.....	106
5.1 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยตกลงร่วมกันของคู่สัญญา.....	106
5.1.1 กรณีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.....	107
5.1.1.1 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด.....	109
5.1.1.2 คำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุด.....	112

5.1.2 กรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535	115
5.1.2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด	117
5.1.2.2 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา	122
5.1.3 กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองมีข้อสัญญาร่วมกันเป็นหนังสือ	127
5.1.4 กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองอื่นๆ	129
5.1.4.1 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยมติ คณะรัฐมนตรี	129
5.1.4.2 ปัญหาการออกคำสั่งให้แก้ไขสัญญาทางปกครอง.....	132
5.2 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว.....	134
5.2.1 การแก้ไขสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามกฎหมาย ปกครอง	134
5.2.2 การแก้ไขสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ไม่มีในข้อ กฎหมายและข้อสัญญาทางปกครอง	140
5.3 สรุป	143
5.3.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญา ทางปกครอง	143
5.3.2 ปัญหาที่เกิดจากการมีกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขสัญญาทาง ปกครองที่ไม่สมบูรณ์ ไม่เหมาะสมและไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับ โดยตรง.....	144
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	146
6.1 บทสรุป	146
6.1.1 สรุปปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงร่วมกันของ คู่สัญญา	149
6.1.1.1 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535	149

6.1.1.2 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535	150
6.1.1.3 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองอื่นๆ	151
6.1.2 สรุปปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว.....	152
6.2 ข้อเสนอแนะ	155
6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลง ร่วมกันของคู่สัญญา	155
6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎเกณฑ์และกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองในประเด็นการแก้ไขสัญญา	156
6.2.2.1 เพิ่มบทบัญญัติเรื่องการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทาง ปกครอง	156
6.2.2.2 เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการและขั้นตอนการแก้ไข สัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535	157
รายการอ้างอิง	160
ภาคผนวก	162
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	186

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กระบวนการในการใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐนั้นมีขั้นตอนที่สำคัญคือ การก่อให้เกิดสัญญา (รูปแบบและขั้นตอนการทำสัญญา) ผลและการปฏิบัติตามสัญญา (การบริหารสัญญารวมถึงการปรับปรุงแก้ไขสัญญา เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาภายใต้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ) จนถึงการยุติข้อพิพาท (ซึ่งรวมถึงการเยียวยาและเรียกคืนประโยชน์สาธารณะที่สูญเสียไป) ซึ่งทุกขั้นตอนจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นฐานและกรอบในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ขณะเดียวกันก็เกิดกรณีปัญหาขึ้นได้จากทุกขั้นตอน

ในขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญานั้น ถือได้ว่าเป็นขั้นตอนที่ยาวนานที่สุดในช่วงของอายุสัญญาคือ เริ่มตั้งแต่สัญญาเริ่มผลไปจนถึงการระงับแห่งสัญญา (สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะบางสัญญาที่มีอายุ 20-30 ปี) ซึ่งเป็นเรื่องปกติที่ในระหว่างอายุของสัญญาจะเกิดเหตุการณ์หรือเงื่อนไขที่ไม่คาดคิดไว้ในขณะที่ทำสัญญา ทำให้ต้องมีการแก้ไข ปรับปรุง เปลี่ยนแปลงสัญญา หรือทำข้อตกลงใหม่ ซึ่งในฝ่ายปกครองแล้ว กระบวนการดำเนินการหรือบริหารสัญญาจะต้องมีกลไกทางกฎหมายที่กำหนดกระบวนการแก้ไขสัญญาที่ชัดเจนครอบคลุมและรัดกุมรวมถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานในกฎหมายมหาชน เช่น ในเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง อำนาจในการใช้ดุลพินิจ ตลอดจนการบังคับด้วยมาตรการทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำคัญเรื่องหลักความทันสมัยของบริการสาธารณะ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและหลักความเสมอภาคของบริการสาธารณะนั่นเอง ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยปัจจุบันเรื่องการแก้ไขสัญญายังมีปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ คือ ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติที่สำคัญ ซึ่งได้แก่ “พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535” ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญาที่ทำร่วมกับเอกชน จึงมีปัญหาให้ฝ่ายปกครองต้องส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสำนักงานอัยการสูงสุดตีความหลายเรื่อง ที่สำคัญคือ ยังไม่มีการแยกกระดัดการแก้ไข เช่น แก้ไขในประเด็นที่ไม่สำคัญมีกระบวนการอย่างไร แก้ไขในประเด็นสำคัญมีกระบวนการอย่างไร ซึ่งทำให้เกิดกรณีพิพาทในหลายกรณี เป็นต้น ส่วนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ก็กำหนดหลักเกณฑ์ เรื่องการแก้ไขไว้เพียงกว้างๆ และให้เป็นอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติ (ข้อ 136) ซึ่งทำให้เกิดปัญหาฟ้องร้องในหลายกรณี ทั้งยังเป็นกฎเกณฑ์ที่คาบเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

ส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องเอกสิทธิ์และการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐที่สำคัญคือการแก้ไข การยกเลิก และการกำกับดูแลสัญญาทางปกครองเอาไว้ (เพื่อรอการพัฒนาจากผู้เกี่ยวข้อง) ทั้งที่สัญญาทางปกครองเป็นเรื่องสำคัญที่ควรจัดทำกฎหมายหลักไว้เป็นการเฉพาะดังเช่นบางประเทศ เช่น เยอรมัน เป็นต้น

จากการสำรวจและศึกษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย พบในเบื้องต้นว่า

1. การปรับใช้กฎหมายที่มีหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีอยู่ในปัจจุบันยังมีปัญหา เช่น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535, การแก้ไขตามมติคณะรัฐมนตรี หรือแม้แต่การแก้ไขตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะประเภทต่างๆของรัฐ ทำให้มีปัญหาคือต้องมีการชี้ขาดหรือทำให้เกิดปัญหาเรื่องความทุจริต และการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่สำคัญคือขาดมาตรการป้องกันที่มีประสิทธิภาพในการบริหารสัญญาในเรื่องการแก้ไขสัญญา ประเด็นนี้เป็นปัญหาการใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วที่อาจจะยังไม่ชัดเจนและรัดกุมเพียงพอที่ต้องอาศัยการชี้ขาดจากฝ่ายตุลาการและวางมาตรการควบคุมจากฝ่ายบริหาร

2. การขาดกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐประกอบการแก้ไขสัญญา การยกเลิกสัญญา และการกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งหากกล่าวให้ชัดเจนหมายถึงบทกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายหลัก ซึ่งทำให้อำนาจเอกสิทธิ์ที่มีอยู่ในกฎหมายเฉพาะในแต่ละฉบับหรือแต่ละเรื่องอาจมีมาตรฐานไม่เท่าเทียมกัน ที่สำคัญมากประการหนึ่งคือ ในกรณีสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นภายหลังพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้น หลายโครงการมีปัญหาการแก้ไขที่ยังไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องกระบวนการและอำนาจของการแก้ไข ส่งผลให้การแก้ไขยังไม่มีคุณสมบัติและอาจถูกบอกล้างได้ ประเด็นนี้เป็นปัญหาการขาดกฎหมายและกฎหมายที่เพียงพอ ที่ควรจะมีบัญญัติให้ครอบคลุมและเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง

โดยสรุปในเรื่องสัญญาทางปกครองนี้มีปัญหาทางกฎหมายเรื่องการแก้ไขสัญญาโดยตลอด ซึ่งถึงแม้ว่าการพัฒนาหลักเกณฑ์โดยศาลหรือกระบวนการยุติข้อพิพาท จะเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับโดยหลักการ ซึ่งศาลก็ได้มีการวางหลักเกณฑ์ต่างๆ ผ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งมาโดยตลอด ซึ่งบางประเด็นก็มีหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับแล้ว แต่บางหลักเกณฑ์ก็อาจจะต้องรอการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนต่อไป แต่เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย หรือ Civil Law ดังนั้น หลักการปฏิบัติและแนวทางดำเนินการก็ควรมีกฎหมายและกฎหมายที่เพียงพอที่ผู้ปฏิบัติงาน โดยเฉพาะในเรื่องการแก้ไขสัญญาที่อยู่บนหลักการพื้นฐานที่สำคัญทั้ง 3 ประการของการจัดทำบริการสาธารณะ มี เช่นนั้นจะมีปัญหาเรื่องข้อพิพาท เรื่องความผิดพลาด การสูญเสีย เกิดขึ้นต่อเนื่องเหมือนที่เคยเกิดและกำลังเกิดขึ้น เช่น กรณีศาลพิพากษาให้หน่วยงานของรัฐชดใช้เงินให้เอกชนในคดีต่าง ๆ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดี

หรือกรณีการเยียวยาอื่น ๆ ซึ่งบางกรณีก็หาผู้รับผิดชอบได้ บางกรณีก็ยังไม่ได้และไม่รู้ว่าจะมีทางเยียวยาอย่างไร เป็นต้น

แนวทางที่ได้จากการศึกษาและวิเคราะห์หน้าจะเป็นประโยชน์แก่การบัญญัติหรือปรับปรุงกฎหมาย ตลอดจน กำหนดมาตรการหรือแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมและเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายในเรื่องการแก้ไขสัญญา โดยเฉพาะฝ่ายปกครองคู่สัญญาที่เป็นผู้ดูแลประโยชน์สาธารณะ, เอกชนคู่สัญญาผู้ต้องการผลตอบแทนและเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบบริหารสัญญาที่ต้องการควบคุม คู่ปกครอง และแนวปฏิบัติที่ชัดเจน รวมทั้งเป็นฐานความรู้ในการพัฒนากฎหมายมหาชนเฉพาะของประเทศไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศที่สำคัญคือ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมนี
3. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่สำคัญคือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535
4. เพื่อวิเคราะห์สภาพปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย รวมทั้งข้อเสนอแนะและแนวทางการแก้ไข

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

1. ศึกษาข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง การจัดทำบริการสาธารณะและอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง
2. ศึกษาหลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศที่สำคัญคือ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน
3. ศึกษาหลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยได้กฎเกณฑ์และกฎหมายที่สำคัญคือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 , พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎเกณฑ์ตามกฎหมายอื่น
4. ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่เป็นคดีปกครอง คำสั่งศาลปกครอง ตลอดจนคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสำนักงานอัยการสูงสุด ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

สัญญาทางปกครองของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นหลัก ในปัจจุบันแม้จะมีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่ก็ยังไม่มีบทบัญญัติหรือหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองโดยตรง ทำให้กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองไม่มีกระบวนการหรือกฎเกณฑ์เฉพาะที่จะนำมาใช้บังคับ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดเพียงความหมายของสัญญาทางปกครองบางประเภท เขตอำนาจศาลปกครอง และระยะเวลาการใช้สิทธิฟ้องคดีปกครอง แต่ไม่ได้กำหนดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองเอาไว้ ด้วยเหตุนี้การแก้ไขตามแนวทางที่ทำกันอยู่ในปัจจุบันก็คือ ในบางสัญญามีการกำหนดหลักเกณฑ์การแก้ไขไว้ในตัวสัญญา บางสัญญาก็ใช้หลักเกณฑ์เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของรัฐ การแก้ไขดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาฟ้องร้อง ต้องให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดถึงความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไข ดังนั้น การศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายและนำเสนอแนวทางแก้ไขในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์ เพื่อให้การใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการมอบบริการสาธารณะให้ผู้อื่นไปจัดทำบรรลุเป้าหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครอง ทั้งของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ และแนวคิดทฤษฎี ประกอบกับข้อมูลของข้อพิพาทและข้อยุติ ตลอดจนเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้มาโดยการค้นคว้าจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐบาลและเอกชนต่าง ๆ รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย คำพิพากษา คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยนำเอาข้อมูลจากเอกสารมาวิเคราะห์และหาข้อสรุป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงข้อความคิดทั่วไปของสัญญาทางปกครองและการแก้ไขสัญญาทางปกครอง อันมีลักษณะร่วมกันของประเทศต่างๆ ทั้งที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง คือประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน เปรียบเทียบกับประเทศไทย
2. ทำให้ทราบสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายของหลักเกณฑ์และกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยที่ชัดเจนและเป็นระบบมากขึ้น
3. ทำให้สามารถเสนอแนวทางการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครอง รวมทั้งแนวทางการปรับปรุงกฎเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะลดผลกระทบและการสูญเสียจากการแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ในระดับหนึ่ง

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

สัญญาคืออะไรนั้น ตามกฎหมายโรมันซึ่งเป็นพื้นฐานในการศึกษาหลักธรรมศาสตร์ (jurisprudence) เมื่อพูดถึงสิ่งที่เกิดจากสัญญาแล้วย่อหมายถึงสิ่งที่เกิดจากข้อตกลง (convention or agreement) ดังนั้นตามหลักธรรมศาสตร์ (jurisprudence) สัญญาคือข้อตกลงซึ่งก่อให้เกิดหนี้หรือสิทธิในบุคคลระหว่างคู่สัญญานั้น¹

ปัจจุบันในทางวิชาการยอมรับกันว่าสัญญาที่มี 2 ลักษณะคือ สัญญาภายใต้ดินแดนของกฎหมายเอกชนและสัญญาภายใต้ดินแดนของกฎหมายมหาชน

สัญญาภายใต้ดินแดนของกฎหมายเอกชน เรียกกันโดยทั่วไปว่าสัญญาทางแพ่ง ซึ่งมีความหมายที่สามารถสรุปได้ดังนี้

คำว่า “สัญญา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้แก่อนิติกรรม ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาต่อกันและกัน และสอดคล้องกันระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป²

ส่วนความหมายของคำว่า “สัญญา” ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 1101 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสความว่า “สัญญา” คือข้อตกลงซึ่งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนมีความผูกพันต่อบุคคลอื่นคนเดียวหรือหลายคนที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ (ในทรัพย์สิน) กระทำการใด หรืองดเว้นกระทำการใด

จากนิยามดังกล่าว สัญญาจึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ³

- 1) มีลักษณะเป็นการกระทำสองฝ่าย (ขึ้นไป)
- 2) มีผลทำให้เกิดหนี้ขึ้น

ในระบบกฎหมายที่สำคัญของโลก 2 ระบบคือ

1. ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) แบ่งสัญญาออกเป็นสัญญาทางแพ่ง ที่อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน และสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน ดังที่กล่าวข้างต้น ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายนี้ที่สำคัญคือ ฝรั่งเศส และเยอรมัน

¹ ดาวพฤษ (นามแฝง), “คำมั่นสัญญา (ตอน 8 ลักษณะของสัญญา),” บทบัณฑิตย 38,3 (2524) : 309.

² หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 52.

³ อุฤษ มงคลนาวิน, คำอธิบายกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 62.

2. ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งมีอังกฤษ และอเมริกา เป็นประเทศสำคัญ ไม่มีการแบ่งแยกสัญญาดังเช่นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำจะเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ซึ่งรายละเอียดต่างๆ จะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 4

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งมีอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นหลักนั้น ความหมายของคำว่า “สัญญา” ตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามาตรา 1201 (11) แห่ง Uniform Commercial Code (U.C.C.) บัญญัติว่า “สัญญาหมายความถึงพันธะทางกฎหมายทั้งหมดซึ่งเป็นผลมาจากการตกลงของคู่สัญญาและมีผลบังคับกันได้ตามบทบัญญัติในรัฐบัญญัตินี้ และกฎเกณฑ์ของกฎหมายอื่น”

มาตรา 1 ของ Restatement of Contracts (first) บัญญัติว่า “สัญญาคือคำสัญญาหรือคำมั่น (promise)* หรือกลุ่มของคำสัญญาหรือคำมั่นซึ่งกฎหมายบัญญัติทางแก้ไขไว้ให้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรืออีกนัยหนึ่ง สัญญาคือการกระทำซึ่งในบางกรณีกฎหมายรับรู้ว่าเป็นหน้าที่” (A Contract is a promise, or set of promises, for breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty)

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น มิได้มีวิเคราะห์ศัพท์หรือนิยามศัพท์คำว่า สัญญา เขาไว้ว่ามีความหมายอย่างไร แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466 บรรพ 2 ที่ยกเลิกไปแล้วมาตรา 106 บัญญัติว่า “สัญญานั้นเป็นความตกลงคำกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ก่อให้เกิดหนึ่งประการหนึ่งหรือหลายประการ” ที่ว่า “ตกลงปากคำ” นั้นเห็นได้ในตัวว่า เป็นความยินยอมระหว่างบุคคลนั่นเอง แต่การที่ยกเลิกบทนิยามลักษณะสัญญาไปแล้ว เป็นเหตุมาจากความสับสนวุ่นวายเกี่ยวกับความคิดเห็นที่ไม่แน่นอนของนักกฎหมายในการให้บทนิยามลักษณะสัญญาที่แตกต่างกันไปเป็นจำนวนมาก หากจะยกเลิกเสียจะเป็นผลดีมากกว่าผลเสีย เป็นการตัดปัญหาความยุ่งยากที่อาจเกิดขึ้น มิฉะนั้นจะเป็นการผูกพันกับตัวบทมากเกินไปคงเหลือไว้แต่บทนิยามลักษณะนิติกรรมดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 ปัจจุบันซึ่งมีความชัดเจนแน่นอนมากกว่า

ที่นำมาพิจารณาทั้งหมดก็เพื่อให้เห็นถึงแนวคิดของสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป ซึ่งวางอยู่บนกฎเกณฑ์เงื่อนไขและบริบทที่อยู่ในดินแดนกฎหมายเอกชนเป็นหลัก แต่มีสัญญาอีกประเภทหนึ่งที่มีความสำคัญไม่แพ้กัน และมีชื่อที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคือ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งจะนำมาศึกษาโดยละเอียดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยในบทที่ 2 จะเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่ประกอบด้วย 3 ส่วนหลักคือ แนวคิดและทฤษฎีสัญญาทางปกครอง แนวคิดเรื่องการ

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 362-365 และบรรพ 3 มาตรา 454-456 ฉบับคำแปลภาษาอังกฤษ คำว่า “promise” แปลว่า “คำมั่น”.

แก้ไขสัญญาทางปกครองโดยการตกลงกันของคู่สัญญา และเรื่องสุดท้ายคือแนวคิดเรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

2.1 แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองและอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง

แม้ว่าแนวความคิดทั่วไปของสัญญาจะมีความคล้ายคลึงกันไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นหรือจัดทำขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนหรือระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ผลผูกพันของสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนก็มีข้อแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นระบบพิเศษที่มีลักษณะสำคัญ คือ สร้างความไม่เสมอภาค (inégalité) ขึ้นในระหว่างคู่สัญญา ความไม่เสมอภาคนี้เองเป็นสิ่งที่นักกฎหมายทั้งหลายต่างพากันให้ความสนใจและก่อให้เกิดข้อถกเถียงทางวิชาการขึ้นมาอีกว่า “สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาหรือไม่” ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายบางคนเห็นว่าสภาพของสัญญาทางปกครองนั้นมีความเป็นกฎเกณฑ์หรือเป็นกฎหมายอยู่ด้วย (เพราะมีสภาพบังคับ) ซึ่งทำให้สัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาทั่วไปเพราะโดยปกติแล้วในการทำสัญญา คู่สัญญาต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องพึงปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมกัน

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีสัญญาทางปกครอง (Contrats Administratifs)

รัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่นมีภาระหน้าที่ประการสำคัญคือการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อให้การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุตามวัตถุประสงค์ รัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่นจึงต้องมีเครื่องมือที่สำคัญคืออำนาจมหาชน (puissance publique) เพื่อบรรลุความมุ่งหมายในการจัดการบริการสาธารณะดังกล่าว รัฐมีมาตรการในการดำเนินการอยู่ สองมาตรการ คือ (1) การออกคำสั่งทางปกครอง (acte unilatéral) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายมหาชน และ (2) การเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญาทางปกครอง (contracts administratifs)

สัญญาทางปกครอง (contracts administratifs)⁴ นั้นถือได้ว่าเป็นหัวใจของการกระทำของฝ่ายปกครอง (action administrative) การดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น แม้ว่าโดยหลักการแล้วรัฐมีอำนาจหรือสิทธิที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจเช่นนั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลและการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของรัฐด้วย โดยรัฐจะต้องเคารพและยึดถือหลักกฎหมายขั้นพื้นฐาน หลักความเสมอภาคและหลักการที่ว่าปัจเจกบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” (contracts administratifs) อาจพิจารณาได้จากกรณีวิเคราะห์ความแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง (contrat prive) กับสัญญาทางปกครอง ซึ่งในบางเรื่องกฎหมายจะระบุว่า สัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว สิ่งที่เป็นเครื่องบ่งชี้ว่า

⁴ M.Philippe Turguet de Beaugard, การบรรยายพิเศษโดยที่ปรึกษาสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง”, จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการ่วมกับสถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำประเทศไทย, 9 ธันวาคม 2541, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

อะไรเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งในฝรั่งเศสจะเกิดจากผลของคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)

คำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นคำนิยามที่ได้การยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือรัฐ (personne publique) กับนิติบุคคลหรือนุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะและโดยทั่วไปแล้วสัญญาดังกล่าวจะมีบทยกเว้นหรือเงื่อนไขของสัญญาที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง (clauses exorbitantes du droit commun) เมื่อวิเคราะห์คำนิยามดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองมีองค์ประกอบที่สำคัญของ 3 ประการ ดังนี้

องค์ประกอบประการแรก สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งคือรัฐกับอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะเป็นเอกชนและเมื่อเป็นสัญญาก็ย่อมมีสิทธิเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยที่สัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ฉะนั้น ในเบื้องต้นผู้ที่เป็คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ เช่น กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเป็นผู้เข้าทำสัญญา ในทางปฏิบัติรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้ข้าราชการระดับสูงเป็นผู้ลงนามในสัญญาแทนได้ แต่ถ้าปรากฏว่าการมอบอำนาจไม่เป็นไปโดยชอบหรือไม่มีการมอบอำนาจ สัญญานี้อาจถูกวินิจฉัยให้ตกเป็นโมฆะได้ หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง นายกเทศมนตรีของเทศบาลหนึ่งไปทำสัญญาโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลก่อน สัญญานั้นอาจถูกวินิจฉัยให้ตกเป็นโมฆะได้เช่นเดียวกัน

องค์ประกอบประการที่สอง สัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องของการดำเนินการบริการสาธารณะ เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นตัวบ่งชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง ตัวอย่างเช่น เมืองปารีสซึ่งมีทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่เป็นจำนวนมาก สมมุติว่ามีการเอาทรัพย์สินนี้ไปให้เอกชนเช่า สัญญาระหว่างเมืองปารีสเจ้าของทรัพย์สินกับเอกชนผู้เช่า ย่อมถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญามีใช่เป็นการให้เอกชนเข้ามามีส่วนในการจัดการบริการสาธารณะแต่อย่างใด

องค์ประกอบประการที่สาม เนื้อความของสัญญาทางปกครองนั้น โดยทั่วไปจะมีข้อความยกเว้นหรือเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป (clauses exorbitantes du droit commun) จากหลักการที่ว่าฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชนทั้งหลายฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ประชาชนโดยทั่วไป เพื่อให้ได้รับบริการสาธารณะอย่างดีที่สุด ด้วยเหตุนี้ ถ้าสถานการณ์ในทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจะต้องปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงนั้น เพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้ หลักการสำคัญที่ว่าบริการสาธารณะจะต้องปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงจึงเป็นเครื่องชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับ

สัญญาในทางแพ่ง ซึ่งในสัญญาทางแพ่งนั้นเมื่อมีการลงนามและสัญญามีผลบังคับใช้แล้วจะมีลักษณะแน่นอนตายตัวเปลี่ยนแปลงได้ยาก ในขณะที่สัญญาทางปกครองนั้นจะมีลักษณะปรับเปลี่ยนหรือปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้เสมอ ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (pouvoir de modification unilatérale) หรือในบางครั้งเนื้อความในสัญญาอาจจะมีข้อความให้อำนาจฝ่ายรัฐ ในการควบคุมการดำเนินการหรือออกมาตรการบังคับแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ (pouvoir de contrôle et de sanction) อำนาจในการควบคุมหรือมาตรการบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนั้นอาจเป็นเรื่องการกำหนดโทษปรับทางอาญาหรือให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจประกาศให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ผิดสัญญาได้ รวมทั้งอำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีความผิด

อำนาจพิเศษต่างๆ ของฝ่ายปกครองเหล่านี้มาจากหลักการที่ว่ารัฐมีภาระหน้าที่ด้านบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ฉะนั้น การที่ฝ่ายรัฐมีอำนาจพิเศษคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมมีสิทธิต่างๆ เช่นเดียวกัน สัญญาทางปกครองนั้นแม้ว่าคู่สัญญาจะมีสถานะไม่เท่าเทียมกันกล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง แต่โดยแท้จริงแล้วก็มีได้หมายความว่าสัญญาจะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีหลักประกันบางประการเหมือนกัน ในประการแรกคือ มีสิทธิที่จะได้รับการประกันในเรื่องของการมีรายรับที่สม่ำเสมอ ในขณะที่เดียวกันก็มีสิทธิที่ได้รับการปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริต รวมทั้งมีสิทธิได้รับเงินชดเชยใน 2 กรณีด้วยกัน คือ

(1) เงินชดเชยจากเหตุอันเกิดจากกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิได้รับเงินชดเชยเพื่อมิให้รายรับหรือคุณภาพทางการเงินของตนต้องเสียไป

(2) ฝ่ายปกครองต้องชดใช้เงินให้แก่คู่สัญญาเมื่อคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว แต่ได้มีเหตุการณ์ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าในขณะที่มีการทำสัญญากันเกิดขึ้น (théorie de l'imprévision) อันมีผลทำให้คุณภาพทางการเงินของการปฏิบัติตามสัญญานั้นเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เสียหายย่อมมีสิทธิได้รับเงินชดเชย ตัวอย่างเช่น เกิดสงคราม เกิดการนัดหยุดงานกันอย่างกว้างขวางจนทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิได้รับเงินชดเชยเพื่อให้ระบบการเงินของตนกลับไปสู่ในสภาพปกติ หลักการดังกล่าวเป็นลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองที่รู้จักกันโดยแพร่หลาย คือสัญญาพัสดุ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ นอกเหนือจากสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้วยังมีสัญญาบางประเภทที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างบุคคลทำงานให้กับภาครัฐซึ่งมีลักษณะคล้ายๆ กับสัญญาว่าจ้างลูกจ้าง หรือ

สัญญาให้เอกชนเช่าสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่รัฐเป็นเจ้าของ หรือสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ ก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน ลักษณะที่สำคัญของสัญญาทางปกครองก็คือ สัญญาทางปกครองนั้นเมื่อเกิดปัญหาข้อโต้แย้งขึ้น ศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยคือ ศาลปกครอง ส่วนสัญญาในทางแพ่งเมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นก็ต้องไปยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรม

ทั้งนี้แนวคิดที่นำเสนอข้างต้นเป็นเพียงภาพรวมทั่วไปของสัญญาทางปกครองซึ่งแนวคิดของแต่ละประเทศอาจจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง ซึ่งจะได้ทำการศึกษาโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 3 ที่ว่าด้วยหลักกฎหมายและของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ และบทที่ 4 ว่าด้วยหลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ซึ่งจะนำเสนอทฤษฎี แนวคิด และการบัญญัติกฎหมายตลอดจนการวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญโดยศาลปกครองของแต่ละประเทศเอาไว้อย่างละเอียดและครบถ้วน อย่างไรก็ตามเพื่อให้เข้าใจที่มาของสัญญาทางปกครองให้ลึกซึ้ง ควรทำความเข้าใจเรื่อง อำนาจอธิปไตย สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะ และเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาเป็นลำดับไป

2.1.2 แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย/อำนาจสาธารณะ

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (ฌองฌาค็อง รูสโซ) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของอำนาจ ซึ่ง “อำนาจอธิปไตย” นี้ก็คือสิ่งที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” หรือ “อำนาจอธิปไตย” (puissance publique)⁵ ซึ่งในประเทศประชาธิปไตยแบบตะวันตกมีลักษณะเฉพาะต่างๆ ดังนี้คือ เป็นอำนาจแห่งการช้อนกันและการรวมศูนย์กลางเป็นอำนาจทางการเมือง เป็นอำนาจทางพลเรือน และเป็นอำนาจทางอาญาจักร

2.1.2.1 อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจแห่งการช้อนกันและการรวมศูนย์กลาง

ลักษณะเฉพาะของอำนาจอธิปไตยในส่วนนี้ จะปรากฏเหมือนกันในทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐเดี่ยวหรือรัฐรวม สำหรับรัฐเดี่ยวส่วนใหญ่ เช่น ประเทศไทย รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เลยว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้”^{*} ในประเทศตะวันตกที่เป็นรัฐเดี่ยวเช่น ฝรั่งเศส นับแต่การปฏิวัติใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 1789 รัฐธรรมนูญฉบับแรกปี ค.ศ. 1791 มาตรา 1 ของหมวดที่ 2 บัญญัติ

⁵ รศ.ดร.โกศล พลกุล,ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1, สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร (พ.ศ. 2541), หน้า 37-42.

^{*} ข้อความดังกล่าวใช้เป็นครั้งแรกในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ซึ่งบัญญัติว่า “สยามประเทศเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้” ต่อมาได้มีรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศ พุทธศักราช 2485 มาตรา 3 บัญญัติว่า “นามประเทศนี้ให้เรียกว่าประเทศไทย และบทแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดซึ่งใช้คำว่า สยาม ให้ใช้คำว่าไทยแทน” ดังนั้นตั้งแต่ พ.ศ. 2482 เราจึงใช้คำว่าประเทศไทย แทนคำว่า สยามประเทศ, (รศ.ดร.โกศล พลกุล,ดร.ชาญชัยแสวงศักดิ์ 2541 : 38).

ว่า “ราชอาณาจักรเป็นอันหนึ่งอันเดียวและแบ่งแยกมิได้” และรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆมาก็บัญญัติเช่นนี้ หากแต่เปลี่ยนจากคำว่า “ราชอาณาจักร” (royaume) เป็น “สาธารณรัฐ” (république) แทน*

การรวมศูนย์กลางทางการเมือง เป็นการขจัดอำนาจในท้องถิ่นของเจ้าศักดินา และเจ้าขุนมูลนายต่างๆ ทำให้เหลือเพียงคำว่า รัฐและประชาชน ในสมัยศักดินายุคต้นๆ นั้นอำนาจของ กษัตริย์มิได้มีลักษณะรวมศูนย์แต่หากถูกซ้อนไว้โดยอำนาจของเจ้าศักดินาหรือขุนศึกต่างๆ กษัตริย์เป็น เพียงหนึ่งในเจ้าศักดินาที่ได้รับการยอมรับให้เป็นกษัตริย์ ต่อมาอำนาจของกษัตริย์จึงค่อยๆ พัฒนาไปสู่การ รวมศูนย์อำนาจ (centralization) และปกครองในลักษณะกระจายการรวมศูนย์อำนาจหรือการแบ่งอำนาจ ออกไป (déconcentration) เช่น การส่งเจ้าหน้าที่จากส่วนกลางออกไปปกครองตามหัวเมืองต่างๆ แต่ อำนาจเด็ดขาดยังคงอยู่ที่ศูนย์กลางคือเมืองหลวง

ผลจากการรวมศูนย์ทางการเมืองของฝรั่งเศสได้ก่อนรัฐอื่นๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรป เป็นปัจจัยอันสำคัญที่ทำให้ฝรั่งเศสสามารถเป็นปึกแผ่นและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่ารัฐดังกล่าวได้ใน คริสต์ศตวรรษที่ 17

ส่วนรัฐที่เป็นรัฐรวมนั้นก็เช่นเดียวกัน แม้รัฐสมาชิกต่างๆ จะมีความเป็นอิสระของ ตนในระดับหนึ่ง แต่ถึงนับวันก็ยิ่งมีการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางมากขึ้น และรัฐสมาชิกจะรู้สึกว่าจะต้อง ดำรงอยู่เพื่อส่วนกลาง ตัวอย่างที่เห็นชัดก็เช่นประเทศเยอรมันและสหรัฐอเมริกา

ตามสนธิสัญญากรุงเวียนนาปี ค.ศ. 1815 เยอรมันมีฐานะเป็นสมาพันธ์รัฐ (confederation) มีเจ้านครต่างๆ ที่เป็นอิสระ มีสภา Diète สภาเดียวเป็นองค์กรร่วม ต่อมาในปี ค.ศ. 1871 รัฐธรรมนูญ วันที่ 16 เมษายน 1871 ได้เปลี่ยนฐานะประเทศเยอรมันเป็นสหพันธรัฐโดยมีกษัตริย์แห่ง ปรussia เป็นประมุข การรวมศูนย์กลางดำเนินไปอย่างเต็มที่หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 (1914 – 1918) รัฐธรรมนูญวันที่ 11 สิงหาคม 1919 หรือที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐไวมาร์” (1919 – 1933) ได้ เปลี่ยนรูปรัฐอิสระต่างๆ เป็น LÄNDER ซึ่งมีสภาพเป็นเสมือนจังหวัดที่ได้รับการกระจายอำนาจอย่างเต็มที่ แทน การรวมศูนย์กลางเป็นไปอย่างเข้มข้นอีกครั้งหนึ่งในปี 1934 เมื่อพรรคนาซีได้อำนาจ สภา ผู้แทนราษฎรของ LÄNDER ต่างๆ ถูกยุบ รัฐบาลส่งคนจากส่วนกลางออกไปปกครองแทน จึงอาจกล่าวได้ว่าในสมัยแห่งอาณาจักรไรช์ที่สามของฮิตเลอร์นั่นเองที่ประเทศเยอรมันกลายเป็นรัฐเดี่ยวครั้งแรก

ในสหรัฐอเมริกา ขบวนการในการรวมศูนย์เป็นไปอย่างไม่รวดเร็วนักแต่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ปี 1933 เป็นต้นมาที่ประธานาธิบดีรูสเวลต์ได้ประกาศนโยบายเศรษฐกิจ New

* มาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส (ค.ศ. 1958) บัญญัติว่า “ประเทศฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐอันแบ่งแยกมิได้ เป็น สาธารณรัฐทางอาณาจักร (หมายถึงมิใช่ทางศาสนจักร) เป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยและสังคม สาธารณรัฐค่าประกันความเสมอภาคทางกฎหมายของประชาชนทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพความ เชื่อถือ (ทางศาสนา) ทุกชนิด...” (รศ.ดร.โกดิน พลกุล, ดร.ชาญชัยแสงวงศ์ 2541 : 38).

Deal ออกมาโดยเห็นว่าการประสานกันของเศรษฐกิจของชาติจะเป็นไปได้ด้วยดีก็โดยการดำเนินการของ ส่วนกลาง ไม่ใช่แต่ละรัฐต่างคนต่างทำ โครงการ New Deal นี้ได้ก่อให้เกิดการพัฒนาอำนาจหน้าที่อย่าง กว้างขวางของส่วนกลางต่อมา หรือการรณรงค์ต่อสู้การเหยียดผิวที่เริ่มทำอย่างจริงจังตั้งแต่สมัยของ ประธานาธิบดี จอห์น เอฟ. เคนเนดี และลินคอล์น บี จอห์นสัน ในสมัยต่อๆ มา เป็นต้น

นอกจากนี้ ขบวนการรวมศูนย์อำนาจของรัฐยังอาจมองได้อย่างชัดเจนในโลกที่ สาม ทุกวันนี้ประเทศในโลกที่สามส่วนใหญ่กำลังจะเป็นรัฐที่มีความหมายสมบูรณ์ด้วยการพยายามรวม ศูนย์และขจัดลักษณะการแบ่งเป็นชนเผ่าต่างๆ ในรัฐตนให้ลดน้อยลง

2.1.2.2 อำนาจของรัฐเป็นอำนาจทางการเมือง

นอกจากอำนาจทางเศรษฐกิจที่มีอยู่ในทุกรัฐ (หมายถึงอำนาจในการควบคุมการผลิตและการกระจายทรัพยากร) ในแต่ละรัฐยังมีอำนาจทางการเมืองซึ่งไม่ได้สืบมาจากการควบคุมในทาง เศรษฐกิจอันอาจอธิบายได้ดังนี้ คือ

ประการแรก เป็นอำนาจแห่งการตัดสิน (pouvoir d'arbitrage) กล่าวคือ ภาระหน้าที่ของรัฐยิ่งนับวันก็ยิ่งเพิ่มทวีและซับซ้อน ความก้าวหน้าต่างๆ นี้ ทำให้เกิดความต้องการใหม่ๆ และรัฐจะอยู่ในฐานะผู้ตัดสินที่จะเลือกดำเนินการในประเทศเสรีนิยมตะวันตก ซึ่งมาร์กซ์ได้กล่าวไว้ว่า อำนาจทางการเมืองของรัฐเป็นแต่เพียงการย้ายที่ของอำนาจทางเศรษฐกิจที่ถือครองโดยชนชั้นกรรมาชีพ อำนาจตัดสินจึงดำรงอยู่ในลักษณะที่ไม่เด่นชัดนัก เพราะรัฐจะถูกครอบงำโดยกลุ่มเศรษฐกิจที่ครอบงำ การเมือง แต่พลังต่อรองของกลุ่มกดดันทางเศรษฐกิจอื่นๆ เช่น สหภาพแรงงาน หรือกลุ่มเศรษฐกิจที่มีได้อยู่ ในฐานะครอบงำทางการเมือง ก็จะเรียกร้องต่อรองกับกลุ่มเศรษฐกิจที่กุมอำนาจทางการเมือง ดังนี้โดย ลึกๆ แล้ว รัฐจะถูกผลักดันให้เป็นตัวกลางหรือผู้ตัดสินตลอดเวลา สำหรับในประเทศสังคมนิยมสภาพการณ์จะ แตกต่างกันไปเพราะปัจจัยในการผลิต และการแลกเปลี่ยนใหญ่ๆ เป็นของส่วนรวมหรือของรัฐ ผู้ที่ครอบงำ มิใช่พวกชนชั้นกรรมาชีพ แต่เป็นพวกเทคนิคแครต เช่น หัวหน้าหน่วยผลิต ข้าราชการ ฯลฯ พวกเหล่านี้จะทำ หน้าที่เสนอโครงการต่างๆ และความคิดริเริ่มในทางเศรษฐกิจ ผู้ที่ตัดสินว่าจะทำหรือไม่คือรัฐซึ่งตามความ เป็นจริงก็ได้แก่พรรคคอมมิวนิสต์ในประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งการผลิตเป็นลักษณะที่เรียกว่า "Autogestion" หรือการบริหารด้วยตนเอง คือกรรมกรจะเป็นผู้บริหารโรงงานหรือหน่วยผลิตของตน อำนาจตัดสินของรัฐ จึงเป็นการตัดสินดำเนินการตามข้อเสนอของผู้บริหารที่ได้รับเลือกจากกรรมกรในหน่วยการผลิตต่างๆ การ ใช้อำนาจตัดสินเช่นนี้ของรัฐคือการใช้อำนาจทางการเมือง

ประการที่สอง อำนาจของรัฐสมัยใหม่ไม่ใช่อำนาจแบบ patrimonial หรือแบบที่ เป็นทรัพย์สินของบุคคลอีกต่อไป กล่าวคือ จะไม่มีการปะปนกันระหว่างทรัพย์สินของรัฐและทรัพย์สินของ ผู้ปกครอง ไม่ว่าจะประเทศทุนนิยมหรือเสรีนิยม เช่น เราจะไม่ว่านายกรัฐมนตรีจะสามารถพำนักอยู่ ณ บ้านพักรับรองสำหรับนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นของรัฐได้อีกต่อไป เมื่อตนพ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

แล้ว ซึ่งผิดกับสมัยศักดินาที่เราไม่สามารถแยกสาธารณสมบัติของแผ่นดินออกจากทรัพย์สินของกษัตริย์หรือเจ้าผู้ครองนครได้

ประการที่สาม สภาพบังคับที่ใช้โดยรัฐนั้นต้องมีลักษณะทางการเมืองแท้ๆ เราจะเห็นว่าอำนาจที่ใช้กับมนุษย์ในสังคมนั้นมีอยู่สองแบบคือ อำนาจโดยตรง อันได้แก่ อำนาจที่เป็นคำสั่งต่อตัวบุคคล ซึ่งถ้าไม่ปฏิบัติตาม ก็มีโทษทางอาญา กับอำนาจทางอ้อมอันได้แก่ อำนาจในการถือครองสิ่งของที่บุคคลต้องการเพื่อการดำรงชีวิต ซึ่งถ้าไม่เคารพอำนาจนี้ ก็จะมีการเอาทรัพย์สินสิ่งของนั้นไป

อำนาจในลักษณะนี้เรียกว่าอำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจทางเศรษฐกิจการเมือง ถ้าอำนาจมีสภาพบังคับทางการเมืองแท้ๆ ไม่ว่าจะสภาพบังคับนั้นจะรุนแรงแค่ไหน ก็ยังมีที่ว่างสำหรับเสรีภาพบ้าง แต่ถ้าอำนาจนั้นเป็นทั้งการเมืองและเศรษฐกิจ ก็จะนำไปสู่ความเป็นทาสของบุคคลนี้เองที่ทำให้รัฐสมัยใหม่แตกต่างจากรัฐศักดินา เพราะอำนาจศักดินาอันเป็นอำนาจที่เกิดจากการผสมกันของการครอบงำเหนือตัวบุคคลและเหนือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งเป็นปัจจัยแห่งการดำรงชีวิต ถือว่าผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจอยู่ในสภาพเช่นไพร่ ส่วนอำนาจทางการเมืองในรัฐสมัยใหม่เป็นอำนาจที่มีต่อเสรีชน โดยไม่เกี่ยวข้องกับปัจจัยการผลิตที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิตของเขา หรืออาจกล่าวง่าย ๆ ได้ว่า อำนาจรัฐในสมัยศักดินาเป็นอำนาจที่ใช้ทั้งต่อตัวบุคคลและในขณะเดียวกันผู้ถืออำนาจก็เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตของบุคคลด้วย ส่วนอำนาจรัฐสมัยใหม่ รัฐเสรีนิยมไม่ได้เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตของบุคคล ดังนั้น จึงใช้แต่อำนาจทางการเมืองแท้ๆ ต่อบุคคลเท่านั้น

2.1.2.3 อำนาจของรัฐเป็นอำนาจทางพลเรือน

การที่อำนาจทางพลเรือนอยู่เหนืออำนาจทางทหารได้ ในรัฐสมัยใหม่นั้นนับได้ว่าเป็นผลมาจากวิวัฒนาการอันค่อนข้างยาวนานทีเดียว เพราะรัฐในสมัยก่อนๆ มีลักษณะที่เน้นทางด้านทหารอย่างมาก รัฐในประเทศโลกที่สามในปัจจุบันยังเป็นตัวอย่างให้เห็นได้ชัดเจน ในประเทศตะวันตก รัฐต่างๆ มีลักษณะที่อำนาจเป็นอำนาจทางพลเรือนคือมีเพื่อสันติภาพและใช้โดยผู้นำที่เป็นพลเรือน ในขณะเดียวกันก็มีอำนาจทางทหารซึ่งมีเพื่อการป้องกันประเทศ แต่อยู่ใต้อำนาจทางพลเรือน ภายใต้ความสัมพันธ์เช่นนี้ กองทัพในประเทศตะวันตกจึงเป็นผู้ที่เชื่อฟังและไม่ใช่ว่าผู้ตัดสินใจ อย่างไรก็ตามกองทัพในประเทศตะวันตกแม้จะไม่มีบทบาททางการเมืองโดยตรง แต่ก็ยังเป็นกลุ่มกดดันทางการเมืองที่สำคัญได้ เช่น ในสหรัฐอเมริกา โรงงานอุตสาหกรรมผลิตอาวุธทางทหารมีอิทธิพลอย่างสูงต่อฝ่ายบริหารในการกำหนดทั้งนโยบายป้องกันประเทศและนโยบายต่างประเทศ ประธานาธิบดีไอเซนฮาวร์ ได้ประณามสภาพเช่นนี้เมื่อเข้าออกจากตำแหน่ง และในปัจจุบันดูเหมือนว่าอิทธิพลกลุ่มอุตสาหกรรมผลิตอาวุธในสหรัฐอเมริกายิ่งเพิ่มสูงขึ้น ผู้บัญชาการทหารอเมริกันพากันวิจารณ์ว่าสมรรถนะทางทหารของตนและพันธมิตรกำลังจะเป็นรองรัสเซีย ทำให้มีการเพิ่มงบประมาณทางทหารและเพิ่มการค้นคว้าอาวุธใหม่ๆ

ในทางทำลายล้างมนุษยชาติมากยิ่งขึ้น อันนับได้ว่าเป็นอันตรายต่อโลกและต่อประชาธิปไตยของอเมริกาเอง

2.1.2.4 อำนาจของรัฐเป็นอำนาจในทางอาณาจักร

การแบ่งแยกระหว่างอำนาจในทางอาณาจักรกับในทางศาสนา เป็นเงื่อนไขอันหนึ่งของเสรีภาพในยุคกลาง วัดในคริสต์ศาสนามีบทบาททางสังคมอย่างสำคัญ บทบัญญัติและความยุติธรรมของศาสนจักรเข้าไปก้าวก่ายอำนาจทางการเมืองและทางพลเรือนของอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นด้านการสมรส เช่น ข้อห้ามการหย่า ด้านความสัมพันธ์ในครอบครัว ฯลฯ เราจึงไม่สามารถแยกอำนาจของอาณาจักรออกจากการครอบงำของศาสนจักรได้ ต่อมาเมื่อระบบทุนและแนวความคิดเสรีนิยมค่อยๆ พักตัวเข้มแข็งขึ้น อำนาจอันท่วมท้นของศาสนจักรค่อยๆ เสื่อมลง พวกกระฎุมพีพยายามแยกรัฐหรืออาณาจักรออกจากวัดหรือศาสนจักรให้เด็ดขาด ในประเทศฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 3 มีกฎหมายลงวันที่ 9 ธันวาคม 1905 แยกวัดออกจากรัฐ ในปัจจุบันรัฐส่วนใหญ่โดยเฉพาะรัฐที่นับถือคริสต์ศาสนาในตะวันตก การแบ่งแยกระหว่างอำนาจทางศาสนาและทางอาณาจักรเป็นไปอย่างชัดเจน เช่น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน มาตรา 2 บัญญัติว่า “ประเทศฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐอันแบ่งแยกมิได้ เป็นสาธารณรัฐอาณาจักร เป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยและสังคม...” รัฐในยุโรปหรือสหรัฐอเมริกาไม่ถือว่ารัฐมีศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นศาสนาประจำชาติโดยเฉพาะของตน การสอนวิชาศาสนาก็มิได้เป็นวิชาบังคับในโรงเรียนประถมและมัธยม

อย่างไรก็ตาม ในทางความเป็นจริงไม่มีรัฐใดที่จะสามารถแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักรได้อย่างเด็ดขาด แม้แต่ในรัฐสังคมนิยม ตัวอย่างที่เด่นชัดในปัจจุบันคือกรณีของโปแลนด์ ประชาชนพากันชื่นชมและแสดงความจงรักภักดี และศรัทธาต่อศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิกอย่างท่วมท้น เมื่อพระซึ่งมีเชื้อชาติโปแลนด์ได้รับเลือกเป็นพระสันตะปาปา นามว่า “JEAN-PAUL II”

2.1.3 แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ (intérêt général)⁶

ความหมายของ “ประโยชน์สาธารณะ” ในทางกฎหมายอธิบายได้ยากแต่เราจะเห็นว่าประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ (but หรือ finalité) ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชน (puissance publique) เป็นวิธีดำเนินการที่ให้มีอำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อดำเนินการให้สำเร็จตามเป้าหมายนั้น

2.1.3.1 ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ (but หรือ finalité) ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ส่วนอำนาจมหาชน (puissance publique) เป็น

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2538) หน้า 333-342.

วิธีดำเนินการที่รัฐมีอำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อดำเนินการให้สำเร็จตามเป้าหมายนั้น หัวใจของกฎหมายจึงอยู่ที่วัตถุประสงค์ (but หรือ finalité) ของกิจกรรมของรัฐที่ต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองของความต้องการของคนส่วนใหญ่

1. ประโยชน์สาธารณะคือ การตอบสนองของความต้องการของคนอื่นส่วนใหญ่มากกว่าไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้นๆ เอง

ประการแรก คือ มิติทางจิตวิทยา ประโยชน์สาธารณะแสดงถึงความต้องการ (besoin) ของคน แต่ความต้องการของคนๆ เดียว หรือคนหมู่น้อยไม่มีทางเป็นประโยชน์สาธารณะไปได้ ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคมตรงกันมากขึ้นเรื่อยๆ นั้นแหละที่จะทำให้ความต้องการส่วนตัวของแต่ละคนกลายเป็นความต้องการส่วนรวมขึ้นได้ การพิจารณาว่าอะไรคือความต้องการของคนหมู่มากจึงเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” (subjective) แต่ทำให้เป็นภาวะวิสัยได้โดยถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐสภาและศาลปกครองเท่านั้นที่จะชี้ขาดในขั้นสุดท้ายว่า สิ่งนั้นเป็นความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่

ประการที่สอง คือ มิติทางตัวบุคคลผู้มีความต้องการ ถ้ารัฐทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของตัวเอง เช่น เพื่อหารายได้ เราเรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่ากิจกรรมเพื่อกำไรให้มากที่สุด (activités de plus grand profit) ซึ่งโดยปกติไม่ถือว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ จึงไม่ถือเป็นประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่จะเป็นการหากำไรมาเพื่อทำประโยชน์สาธารณะตอบสนองความต้องการคนส่วนใหญ่

2. ผู้ที่จะบอกว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ โดยหลักก็คือ รัฐสภา ซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนกับศาลปกครอง ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายมาให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเรื่องใด เราจึงถือว่าผู้แทนของปวงชนส่วนใหญ่ได้แสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันแล้วว่า สิ่งนั้นคือ ความต้องการของคนหมู่มากหรือประโยชน์สาธารณะนั่นเอง การจะดูว่าอะไรหรือประโยชน์สาธารณะก็คือ ต้องพิเคราะห์กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั่นเอง ไม่ใช่ “ถ้อยคำ” ซึ่งอาจต่างกันได้

อย่างไรก็ตามในหลายกรณีรัฐสภาผู้แทนปวงชนอาจไม่ได้แสดงออกโดยตรงว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนส่วนใหญ่ หรือรัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาประโยชน์สาธารณะนั้นแทน ซึ่งอาจแสดงออกด้วยการบัญญัติกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้นๆ ไว้ แต่ในหลายกรณี ถ้อยคำที่ใช้ในการกำหนดอำนาจหน้าที่นี้กว้างมาก หรือการมอบอำนาจกว้างมาก เมื่อมาลงมือปฏิบัติอาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าสิ่งนั้นเป็นประโยชน์สาธารณะที่หน่วยงานนั้นมีสิทธิทำได้หรือไม่ ก็ต้องให้ศาลปกครองชี้ขาด ณ จุดนี้เองศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่ากิจกรรมนั้นๆ มีวัตถุประสงค์เพื่อนตอบสนองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ถ้าใช่ ฝ่ายปกครองก็กระทำต่อไปได้ ถ้าไม่ใช่ศาลก็จะพิพากษาเพิกถอนการกระทำนั้น ใครเล่าจะชี้ขาด คำตอบคือ ศาลปกครองเท่านั้นที่จะพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐสภาผู้แทนปวงชนตราขึ้น แล้วค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างว่าแท้จริงต้องการ

เพียงใด ตามตัวอย่างข้างต้นนี้สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเคยตัดสินในอดีตว่าการจัดให้มีละครก็ดี การจัดม้าแข่งก็ดี การเปิดคาสิโนก็ดี ไม่ใช่เพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่อันเป็นประโยชน์สาธารณะ จึงไม่ใช่บริการสาธารณะ ต่อมาก็ยอมรับการที่เทศบาลจัดโรงภาพยนตร์ราคาถูกลง การสร้างที่พักแรมของนักเรียน การสร้างสนามกีฬา ฯลฯ ว่าเป็นบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่

แม้รัฐสภาจะไม่บัญญัติกฎหมายแสดงออกซึ่งประโยชน์สาธารณะไว้เลยหรือบัญญัติไว้กว้างมาก ศาลปกครองนี้เองที่จะชี้ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์สาธารณะ (ความต้องการคนหมู่มาก) หรือประโยชน์ส่วนตัว หรือประโยชน์ของกลุ่ม (intérêt collectif) ในการนี้ศาลจะพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเจตนารมณ์ของผู้ร่าง เทียบกับลักษณะของกิจกรรมและวัตถุประสงค์ของกิจกรรมนั้น ทั้งนี้ ตามสภาพเศรษฐกิจสังคมในเวลานั้นๆ การแยก “ประโยชน์ของกลุ่ม” กับ “ประโยชน์สาธารณะ” นี้ทำได้ยากมากสมดังที่มีผู้กล่าวว่า “ประโยชน์ของกลุ่มคนใกล้เคียงกับประโยชน์สาธารณะมาก เมื่อกลุ่มคนนั้นมีจำนวนมากจนเกือบเรียกว่าทั่วไป” ประโยชน์ของกลุ่ม (ข้าราชการ) อยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะ แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติกำหนดประโยชน์สาธารณะไว้ ศาลปกครองก็จะเป็นผู้พิจารณาว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์สาธารณะ

3. เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะแล้วฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องตอบสนอง จะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประโยชน์สาธารณะนั้นแสดงออกโดยเป็นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นแล้ว ตรงจุดนี้เองเราจะเห็นข้อแตกต่างระหว่างสิ่งที่เรียกว่า “อำนาจหน้าที่” ในกฎหมายมหาชน กับ “สิทธิ” ในกฎหมายเอกชนได้ชัดเจนเพราะ “สิทธิ” ในกฎหมายเอกชนนั้น ผู้มีสิทธิจะใช้หรือไม่ก็ได้ จึงถือว่าเป็นเสรีภาพในการใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “เสรีภาพในการใช้สิทธิเป็นหลักของกฎหมายเอกชน” แต่ในทางกฎหมายมหาชนนั้น “อำนาจ” ไม่ใช่สิทธิ เหตุที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจก็เพื่อและก็เพราะมี “ภาระหน้าที่” ที่ต้องตอบสนองประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจจะบอกว่าเป็นสิทธิของตนที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจหน้าที่ไม่ได้ เมื่อตนมีภาระหน้าที่ตนก็ต้องใช้อำนาจทำภาระหน้าที่นั้นให้สำเร็จ คือในกฎหมายมหาชนนั้น “เสรีภาพที่จะใช้อำนาจเป็นข้อยกเว้น และหน้าที่และการใช้อำนาจเพื่อกระทำตามหน้าที่เป็นหลัก” นั่นเอง

2.1.3.2 ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ

สำหรับขอบเขตของ “ประโยชน์สาธารณะ” นั้น กว้างมากที่สุดแต่รัฐสภาจะกำหนดไว้ในกฎหมายต่างๆ ดังนั้น เนื้อหา เวลา สถานที่ จึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาตลอดเวลา ทั้งในกรณีที่มีกฎหมายและไม่มีกฎหมาย แต่เดิมรัฐสภากำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องตอบสนองประโยชน์สาธารณะพื้นฐานที่เอกชนทำไม่ได้หรือไม่ทำ ทั้งนี้ ตามคติเสรีนิยม และปัจเจกชนนิยมดั้งเดิมประโยชน์สาธารณะและบริการสาธารณะแบบคลาสสิกหรือแบบดั้งเดิมจึงค่อนข้างแคบ เช่น ความมั่นคง (การทหาร ป้องกันประเทศ) ความสงบเรียบร้อย (ตำรวจ/ศาล) สาธารณสุข การศึกษา การคมนาคมขนส่ง

โทรคมนาคม การผลิตและและจำหน่ายพลังงาน การประชาสัมพันธ์ การสาธารณสุขภาค การสาธารณสุขการ และการที่ต้องดำเนินการบริการสาธารณสุขให้ดีที่สุด

แต่ต่อมาคตินิยมทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมเปลี่ยนไป มีการเรียกร้องให้รัฐเข้ามาแทรกแซงมากขึ้นทางเศรษฐกิจ สังคม จึงมีการตรากฎหมายรับรองประโยชน์สาธารณะใหม่ๆเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ เช่น การช่วยเหลือเกษตรกรในเรื่องที่ดิน แหล่งน้ำ การรักษาสินแวดล้อม การช่วยเหลือคนจนในเมือง การผังเมือง การคุ้มครองผู้ใช้แรงงาน การพักผ่อนหย่อนใจ จนตอนหลังก็มีประโยชน์สาธารณะทางเศรษฐกิจ ซึ่งเดิมไม่เป็นที่ยอมรับ ได้รับการยอมรับมากขึ้นเรื่อยๆ เช่น การผลิตสินค้าบางอย่างโดยรัฐ การส่งเสริมการส่งออก การพัฒนาเมือง ฯลฯ ผลต่อการดูว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ เพราะในยุคหนึ่งสิ่งนั้นอาจไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ แต่ในอีกยุคหนึ่งสิ่งนั้นเป็นประโยชน์สาธารณะขึ้นมาได้ เพราะความต้องการของคนส่วนใหญ่ ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า ถ้าเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยฝ่ายปกครองระดับชาติ หรือระดับภูมิภาค ศาลปกครองไม่ค่อยเข้าไปควบคุมว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะมากนัก เพราะมีการควบคุมโดยรัฐสภาและสื่อมวลชนอยู่แล้วโดยตรง แต่ศาลปกครองจะควบคุมการดำเนินการของราชการท้องถิ่นมาก เพราะคนทั่วไปที่ไม่อยู่ในท้องถิ่นไม่ค่อยสนใจการควบคุมโดยรัฐสภา ระดับชาติก็ไม่มี สื่อมวลชนก็น้อย อิทธิพลท้องถิ่นก็มาก ดังนั้น ลักษณะของประโยชน์สาธารณะจึง “สัมพัทธ์” (relative) คือ ไม่ได้เด็ดขาดว่าต้องเป็นอย่างนั้นเสมอไป ต่อลักษณะพลวัตของประโยชน์สาธารณะเมือง เป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะหาเครื่องมือที่ทั้งแข็งแรง และปรับได้มาใช้ในการแก้ปัญหา กฎหมาย

2.1.4 แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ⁷

สัญญาทางปกครองนั้นคือเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ภายใต้ดินแดนของกฎหมายมหาชน คือเป็นการใช้อำนาจมหาชนในการจัดทำสัญญาที่อยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ (le service public)

2.1.4.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะสามารถแยกออกได้เป็นสองประเภทคือ การป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย (ตำรวจทางปกครอง)* (police administrative) และ “บริการสาธารณะ” (service public)

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2550), หน้า 25-34.

* เดิมนักวิชาการแปลคำว่า police administrative ว่าหมายความถึง “ตำรวจทางปกครอง” ซึ่งคำดังกล่าวสร้างความสับสนในการให้ความหมายมาก เมื่อพิจารณาดูสาระสำคัญของคำดังกล่าวแล้ว เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในความหมายของคำดังกล่าว จึงขอใช้

กิจกรรมของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ที่ต่างกัน กล่าวคือ อำนาจในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย (ตำรวจทางปกครอง) เป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม การป้องกันดังกล่าวสามารถทำได้ในรูปแบบของการออกกฎหรือคำสั่งมาใช้บังคับล่วงหน้า โดยผู้ใช้อำนาจดังกล่าวอาจไม่ใช่ตำรวจก็ได้ เช่น อธิบดีกรมป่าไม้เป็น “ตำรวจทางปกครอง” เกี่ยวกับป่าไม้ เป็นต้น การออกกฎหรือคำสั่งของตำรวจทางปกครองอาจมีผลเป็นการวางกฎระเบียบทั่วไปก็ได้ เช่น กฎจราจร หรืออาจมีผลเป็นการสั่งเฉพาะราย เช่น การอนุมัติหรือการอนุญาตก็ได้ ตำรวจทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการที่ต่างจาก “ตำรวจทางยุติธรรม” (police judiciaries) โดยตำรวจทางปกครองมีหน้าที่ในการป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบ ขณะที่ตำรวจทางยุติธรรมมีหน้าที่ปราบปรามความผิดที่เกิดขึ้น ส่วนบริการสาธารณะนั้นเป็นกิจกรรมอีกประเภทหนึ่งซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม บริการสาธารณะจะมีลักษณะที่แตกต่างไปจากตำรวจทางปกครองคือ ตำรวจทางปกครองเป็นกิจกรรมที่ตำรวจใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อย ส่วนบริการสาธารณะเป็นการให้บริการแก่ประชาชนหรือการดำเนินการอื่นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

บริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ

(1) เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึงกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเองอันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

(2) กิจกรรมดังกล่าวมาแล้วในข้อ (1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

2.1.4.2 ประเภทของบริการสาธารณะ

ในทางทฤษฎีนั้น บริการสาธารณะแบ่งได้สองประเภทใหญ่ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (services publics administratifs) และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux)

ก. บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้

คำว่า “การป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายตรงกับคำว่าตำรวจทางปกครอง, (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2547 : 26).

ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการดูแลรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองต้องอาศัย “อำนาจพิเศษ” ตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำ

บริการสาธารณะส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และนอกจากนี้เนื่องจากกิจกรรมของบริการสาธารณะทางปกครองเป็นเรื่องที่เป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้ง “อำนาจพิเศษ” ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบบริการสาธารณะประเภทนี้ให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้

ข. บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการสาธารณะอีกประเภทหนึ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแต่มีลักษณะคล้ายกับการดำเนินการให้บริการของเอกชน ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีอยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ⁸

ข.1 วัตถุประสงค์ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์ให้บริการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีวัตถุประสงค์ให้บริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือนำทางด้านผลผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

ข.2 วิธีปฏิบัติงาน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นมาจากแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

ข.3 แหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียว โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ

⁸ Jean de SOTO, Droit administrative. Théorie Générale du service public, Edition Montchrétien, Paris, 1981, p.37 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2547 : 27.

2.1.4.3 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือที่จัดทำโดยผู้ใดย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการคือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

ก. หลักว่าด้วยความเสมอภาค (principe d'égalité) หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน คือประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ดังนั้น กิจกรรมใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจึงไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ

ข. หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (principe de continuité) เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ

หลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระ องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีข้อพิจารณาออกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอีก 2 ประเด็น ดังนี้

ข.1 ประเด็นที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทนด้วยการจัดทำเป็นสัญญาทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน แต่ฝ่ายปกครองก็ยังคงมีส่วนร่วมในเรื่องความต่อเนื่องของกิจกรรมที่มอบให้เอกชนไปจัดทำ โดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการคือ

1. การเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการของบริการสาธารณะ

2. การลงโทษในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือยึดกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

3. หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ (théorie de l'imprévision) กล่าวคือเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นและมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปปรับภาวะบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง

ข.2 ประเด็นที่เกี่ยวกับการนัดหยุดงาน ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีผลใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำการหยุดงานซึ่งถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ใช้บังคับและมีการบัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญยอมรับสิทธิในการนัดหยุดงาน จึงก่อให้เกิดปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามมาถึงหลักสองหลักที่รัฐธรรมนูญรับรองแต่มีความขัดแย้งกัน คือ สิทธิในการนัดหยุดงานที่รัฐธรรมนูญรับรองกับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่รัฐธรรมนูญรับรองเช่นกัน โดยหลักทั้งสองนี้ในบางครั้งก็ขัดแย้งกัน เช่น การนัดหยุดงานอาจเป็นเหตุให้เกิดการขัดขวางการดำเนินงานตามปกติของบริการสาธารณะที่ทำให้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะถูกระงับได้ เป็นต้น

ค. หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (principe d'adaptation หรือ principe de mutabilité) บริการสาธารณะที่ตึ้นนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หมายความว่าถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะแตกต่างจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องที่มีลักษณะเป็น “กฎหมาย” ของบริการสาธารณะ หรือหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างชัดแจ้งในคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่เป็นการกล่าวพาดพิงหรือให้ข้อคิดเห็นว่า โดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะทั่วไปมี

วัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็อาจจะได้รับการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย

2.1.4.4 องค์การผู้จัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะส่วนใหญ่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำโดยใช้องค์การภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมารัฐก็ได้เพิ่มวิธีการจัดทำบริการสาธารณะขึ้นโดยจัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภท และต่อมาเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่นเต็มรูปแบบในปี ค.ศ. 1982 จึงมีการมอบบริการสาธารณะหลายๆ ประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำแทนรัฐ และนอกจากนี้ในระยะหลังๆ บริการสาธารณะมีมากประเภทขึ้น บางประเภทต้องใช้กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ แต่เนื่องจากบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะซึ่งโดยสภาพแล้วฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำเองก็ได้ จึงเกิดการ “มอบ” บริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองเข้าไปควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกับที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ

2.1.4.5 เครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อฝ่ายปกครองได้ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นมาแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำหรือกำกับดูแลให้มีการจัดทำบริการสาธารณะให้ได้ผลดีตามความมุ่งหมายของการก่อตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมา ในการจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมี “เครื่องมือ” ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญอยู่ 4 ประการด้วยกัน คือ

ก. มาตรการทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ 3 ประเภท คือ

ก.1 นิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไป (les actes réglementaires) ได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้มีสภาพเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร (réglementaires)

ก.2 นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (les actes individuels) ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม คำสั่งให้ทำ การอนุญาติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผู้ออกจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ จะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

ก.3 สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการที่จะมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

ให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำและในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยส่วนใหญ่แล้วบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำได้จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีในบางกรณีที่ยกข้อยกเว้นให้ฝ่ายปกครองสามารถนำมาใช้กับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองได้ เช่น ในกรณีเกี่ยวกับการค้นคว้าหรือวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีฝ่ายปกครองสามารถว่าจ้างให้มหาวิทยาลัยหรือสถาบันต่างๆ ทำการวิจัยโดยการทำข้อตกลงเป็นสัญญาทางปกครองได้

ข. บุคคลากรของรัฐ (fonction publique) ได้แก่ บุคคลากรทุกประเภทที่ทำงานให้กับฝ่ายปกครอง บุคคลากรของรัฐนับได้ว่าเป็นกลไกสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ บุคคลากรของรัฐมีหลายประเภทโดยส่วนใหญ่ของบุคคลากรจะ ได้แก่ “ข้าราชการ” (fonctionnaires) นอกจากนี้ ก็จะเป็นบุคคลากรที่เรียกกันว่า “เจ้าหน้าที่” (agent) ซึ่งมีอยู่หลายประเภทเช่นกัน คือ ลูกจ้าง ผู้ร่วมงานอาสาสมัคร ผู้ร่วมงานที่ถูกเกณฑ์

ค. ทรัพย์สิน ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบ่อยครั้งที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นจะต้องได้มาซึ่งทรัพย์สิน ทั้งสังหาริมทรัพย์ (meubles) หรืออสังหาริมทรัพย์ (immeubles) ซึ่งโดยปกติทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถได้มาซึ่งทรัพย์สินทั้งหลายได้สองวิธี คือ การได้มาซึ่งทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยวิธีพิเศษ

ง. อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง เป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้นิติบุคคลซึ่งจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะมีอำนาจพิเศษที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชน ซึ่งเรียกกันว่า อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง หรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจมหาชน (prérogative de la puissance publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

จะเห็นได้ว่า ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจเข้ามามีความเกี่ยวข้องกับฝ่ายเอกชนได้หลายกรณีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาพัสดุ การก่อสร้าง การซื้อขายต่างๆ ที่ทำกับเอกชนรวมถึงการมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ความเกี่ยวพันระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนดังกล่าวมาแล้วมีจุดยึดโยงอยู่ที่ความเกี่ยวพันนั้นต้องแสดงออกโดยผ่าน “กติกา” สาธารณะ คือ ต้องมีการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนเพื่อเข้าผูกพันกันในการดำเนินการต่างๆ ซึ่งสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนนั้นในบางประเทศ เช่นประเทศฝรั่งเศสถือว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยเรียกสัญญาดังกล่าวว่าเป็น “สัญญาทางปกครอง” และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน

สัญญาทางปกครองนั้นส่วนหนึ่งมีความเป็นสัญญาตามความของสัญญาทั่วไป แต่มีอีกด้านหนึ่งที่เป็นเพียงการที่ฝ่ายปกครองใช้ “กระบวนการในการทำสัญญา” เข้ามา “บังคับ” ให้เอกชนปฏิบัติตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง เพราะในทางปฏิบัตินั้น ไม่ว่าจะสัญญาจะมีข้อกำหนดอย่างไร ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจพิเศษของตนแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้นหากพิจารณาดูดีๆ แล้วจะมีลักษณะเหมือนกับเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” (acte administratif unilatéral) ที่ฝ่ายปกครองใช้ในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจกรรมของตน นอกจากนี้แล้ว การแสดง “เจตนารมณ์” ในการทำสัญญาก็เป็นปัญหาอีกประการหนึ่งของสัญญาทางปกครอง เพราะในตอนต้นขณะทำสัญญานั้น เป็นที่แน่นอนว่าสัญญาต้องเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญาสองฝ่าย แต่ต่อมาเมื่อมีเรื่องวิธีการจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจพิเศษของตนเองแก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว เจตนารมณ์ในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะถูกฝ่ายปกครองปรับเปลี่ยนไปโดยที่ฝ่ายเอกชนมิได้ต้องการให้เป็นเช่นนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกิดจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาแล้ว เจตนารมณ์ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาก็เป็นไปได้

ความสำคัญของสัญญาทางปกครองตามทฤษฎีบริการสาธารณะที่ทำการศึกษา มาก่อนหน้านี้โดยสรุปก็คือฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่บริการสาธารณะนั้น ในบางกรณีต้องใช้เครื่องมือที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยการมอบหมายให้เอกชนจัดทำโดยตรง เช่น การให้สัมปทาน หรืออาจให้เข้าร่วมจัดทำ และโดยที่หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ประกอบด้วย ความเสมอภาค ความต่อเนื่อง และความทันสมัย ทำให้การบริหารหรือกำกับดูแลสัญญาของฝ่ายปกครองต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้บรรลุถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวในทางปฏิบัติ ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองจึงเป็นเรื่องจำเป็นและเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้ตลอดอายุของสัญญาทางปกครองในเรื่องนั้นๆ

แนวคิดเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองนั้นโดยสรุปแล้วมี 2 ลักษณะคือ

1. แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยการตกลงกันของคู่สัญญา
2. แนวคิดเรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

ซึ่งแต่ละแนวคิดล้วนมีการนำมาใช้ในทางปฏิบัติทั้งสิ้น ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ แนวคิดและกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่มีการใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเรื่องนั้นๆ หรือในประเทศใดประเทศหนึ่งว่าเป็นเช่นไร ซึ่งจะได้ทำการศึกษาทั้ง 2 แนวคิดต่อไป

2.2 แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยการตกลงกันของคู่สัญญา

การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยการตกลงกันของคู่สัญญานั้น แยกได้เป็น 2 ลักษณะคือ

1. การแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีการตกลงกันโดยกำหนดไว้ในตัวสัญญาให้แก้ไขได้โดยฝ่ายเดียว

2. การตกลงกันในการแก้ไขสัญญาโดยการเจรจา

ซึ่งในแต่ละลักษณะมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.2.1 การแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีการตกลงกันโดยกำหนดไว้ในตัวสัญญาให้แก้ไขได้โดยฝ่ายเดียว

วิธีการนี้เป็นลักษณะของการผสมผสานระหว่างการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐกับการทำสัญญาโดยหลักเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญาตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาทั่วไปของกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นแนวทางที่ใช้กันในกลุ่มประเทศ Common Law เช่น อเมริกาและอังกฤษ และเรียกสัญญาของรัฐที่ทำกับเอกชนว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ได้เรียกว่าสัญญาทางปกครองเหมือนในกลุ่มประเทศ Civil Law เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมัน รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งประเทศในกลุ่มหลังนี้การแก้ไขสัญญามีทั้งโดยการตกลงกันของคู่สัญญาและโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว ซึ่งในรายละเอียดจะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 3 และบทที่ 4 ในขั้นนี้จะศึกษาแนวคิดเบื้องต้นของการแก้ไขสัญญาโดยการตกลงกันโดยกำหนดไว้ในตัวสัญญาให้แก้ไขได้ฝ่ายเดียวในเรื่องของแนวคิดดังต่อไปนี้

2.2.1.1 หลักการที่ว่าด้วยสัญญาเป็นกฎหมายของคู่สัญญา

ในแนวคิดเรื่องผลของสัญญานั้น สัญญาเป็นกฎหมายของคู่สัญญา เช่นเดียวกับกฎหมาย สัญญามีผลผูกพันแต่สัญญาจะแตกต่างจากกฎหมายก็ตรงที่สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาและภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นตั้งแต่ต้นตอนทำสัญญาที่จะต้องกำหนดลงไปให้ชัดเจนว่า สัญญามีวัตถุประสงค์หรือข้อผูกพันอย่างไร ระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหากมีความเห็นไม่ตรงกัน ก็เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะแปลความหมายหรือตีความ (interpretation) สัญญานั้น แต่ถ้าหากเป็นคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ผู้พิพากษาศาลปกครองจะเป็นผู้เดียวที่มีอำนาจในการตีความสัญญาทางปกครอง

ก. การตีความสัญญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความสัญญาทางปกครองนั้น ข้ออ้างอิงพื้นฐานที่นำมาประกอบการพิจารณาตีความสัญญาจะอยู่ที่เจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญา

ข. ขอบเขตของการบังคับใช้สัญญา ในขณะที่กฎหมายมีขึ้นเพื่อใช้บังคับบุคคลทั่วไปไม่ได้จำกัดเฉพาะเจาะจงที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะและส่วนใหญ่กฎหมายมีขึ้นเพื่อใช้บังคับโดย

ไม่จำกัดระยะเวลา สัญญาทางปกครองมีขึ้นเพื่อใช้บังคับอย่างจำกัดไม่ว่าจะเป็นสถานที่ตัวบุคคลหรือระยะเวลา

ค. การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญา ในระหว่างดำเนินการตามสัญญา คู่สัญญาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้โดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หลักอยู่ที่ว่าการแก้ไขสัญญาเป็นเสรีภาพของคู่สัญญาแม้สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาที่เกิดจากวิธีประกวดราคา (adjudication) ก็ตาม การแก้ไขสัญญาอาจทำเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ เช่น แก้ไขเพิ่มเติมส่วนที่เกี่ยวกับการเงินหรือประโยชน์ตอบแทน (remuneration) หรือเรื่องระยะเวลาต่างๆ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาต้องระมัดระวังในการแก้ไขบางประเด็นเพราะมิฉะนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลทำให้เกิดเป็นสัญญาใหม่ขึ้นมาได้ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย หลักที่ใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาใหม่คือต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาและผลทางกฎหมายของสัญญาว่าเหมือนหรือแตกต่างจากสัญญาเก่า

2.2.1.2 การกำหนดเอาไว้ในสัญญาถึงขอบเขตของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว

ในกลุ่มประเทศ Common Law คือ อังกฤษ นั้น มีแนวคิดในเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ดังนี้

การเยียวยาความเสียหายของเอกชนคู่สัญญาจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวโดยรัฐ (Variations Clauses)

การกำหนดมาตรการในการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายของเอกชนคู่สัญญาจากการที่ฝ่ายปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวได้รับการรับรองไว้ในข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Clause) ของฝ่ายปกครองซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายหรือที่เรียกว่า “การทบทวนมูลค่าตามสัญญา” (Revision of Contract Price) ซึ่งในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นจะยึดถือหลักการสำคัญในการกำหนดราคาที่จะต้องเป็นราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล (Fair and Reasonable Price) กล่าวคือ ราคาดังกล่าวจะต้องสมเหตุสมผลที่ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ในขณะเดียวกันก็ต้องเป็นราคาที่เป็นธรรมต่อเอกชนคู่สัญญา ดังนั้น ในการพิจารณาจำนวนค่าเสียหายหรือเงินชดเชยที่จะให้แก่เอกชนคู่สัญญาจึงมีฐานในการคำนวณจากราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล (Fair and Reasonable Price) ตัวอย่างเช่น ในสัญญาจัดซื้อ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องจ่ายเงินเพิ่ม (Additional Sum) ให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อตอบแทนการทำงานพิเศษ (Extra Work) ที่ฝ่ายปกครองได้สั่งให้จัดทำเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ ซึ่งจะต้องคิดตามอัตราสุทธิหรือราคา (Net rates or price) ที่ได้กำหนดเอาไว้ในเอกสารแสดงปริมาณและราคา (Bills of Quantities) หรือที่จะอนุมานได้จากเอกสารดังกล่าวนี้ มิฉะนั้น ก็จะคิดตามอัตราสุทธิหรือ

ราคาที่จะตกลงกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และหากตกลงกันไม่ได้ ก็จะมีการกำหนดอัตราหรือราคาโดยอิงอยู่กับมูลค่าของวัสดุที่ใช้หรืออัตราของค่าแรงรายวันตามที่กำหนดไว้ในเอกสารแสดงปริมาณและราคาตามสัญญาจัดซื้อดังกล่าว⁹ รายละเอียดจะทำการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อที่ว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษต่อไป

2.2.1.3 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยอาศัยอำนาจตามข้อตกลงในสัญญาที่เรียกว่า Change Clause

แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่กำหนดไว้ในระบบกฎหมายของประเทศอเมริกา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

หลักการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานของรัฐ

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานของรัฐเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาทำการแก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยมิต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามข้อกำหนด Change Clause^{*} ในสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวจะใช้ในกรณีต่าง ๆ เช่น

1. เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาทำ Administrative Changes^{**}
2. เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง (Change Orders)
3. เมื่อข้อกำหนดอื่นนอกเหนือจากข้อกำหนดใน Change Clause ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาในการที่จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น ตามข้อกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Property Clause) ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิเลือก (Option Clause) หรือข้อกำหนดการพักงาน (Suspension of Work Clause) และ
4. เมื่อมีการทำหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญา

⁹ Colin Turpin, *Government Contract*, (Middlesex, Penguin Book, 1972), pp.166, 181.

^{*} Changes Clause ในสัญญาประเภท fixed-price supply contract กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจจะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาภายในขอบเขตของสัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับภาพวาด (drawings), รูปแบบ (designs), รายละเอียดของสินค้า (specification) ในกรณีที่สินค้านั้นต้องผลิตให้แก่รัฐบาลโดยเฉพาะ หรือวิธีการในการจัดส่งหรือหีบห่อ และสถานที่จัดส่งสินค้าได้ฝ่ายเดียว และในกรณีที่ผู้ค้าประกัน รัฐต้องแจ้งให้ผู้ค้าประกันทราบนอกจากนี้ Change Clause ยังปรากฏอยู่ในสัญญา fixed-price construction contract ด้วยเช่นกัน

^{**} FAR 43. 101 "Administrative Change" means a unilateral (See 43.103 (b)) contract change, in writing, that does not affect the substantive rights of the parties (e.g., a change in the paying office or the appropriation data).

ทั้งนี้ รายละเอียดในเรื่องนี้จะทำการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อที่ว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อไป

2.2.2 การตกลงกันในการแก้ไขสัญญาโดยการเจรจา

แนวคิดเรื่องการตกลงกันในการแก้ไขสัญญาโดยการเจรจานั้นเป็นแนวคิดและหลักกฎหมายเอกชนในเรื่องสัญญาและเป็นเรื่องความเสมอภาคและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งในสัญญาทางปกครองนั้นมีการนำมาใช้เป็นบางกรณี โดยเฉพาะประเทศในกลุ่ม Common Law คือ อเมริกา ที่เรียกสัญญาของรัฐกับเอกชนว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง ส่วนในประเทศ Civil Law รวมทั้งประเทศไทย การแก้ไขสัญญาโดยการเจรจาตกลงกันนั้นจะอยู่ในสัญญาประเภทที่เรียกว่าสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่จำเป็นต้องใช้เอกสิทธิ์เรื่องอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพราะเป็นกรณีสัญญาที่สร้างขึ้นได้โดยทั่วไป แม้ใช้สิทธิของความเป็นเอกชนโดยไม่ต้องใช้อำนาจรัฐก็สามารถทำได้ และส่งผลดีมากกว่าการใช้อำนาจรัฐ เช่น กรณีการจัดซื้อจัดจ้างทั่วไปที่ถือหลักความเสมอภาคและการแข่งขัน เพราะจะส่งผลดีกว่าการใช้อำนาจรัฐจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญา

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เป็นงานศึกษาทางวิชาการจะทำการศึกษากฎการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอเมริกา กรณีที่เป็นการตกลงแก้ไขสัญญาโดยการเจรจา เพื่อให้เห็นหลักเกณฑ์และกระบวนการที่เกี่ยวข้อง โดยจะทำการศึกษารายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาเรื่อง กระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Change Clause)

2.3 แนวคิดเรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

จากแนวคิดเรื่องอำนาจมหาชนและอำนาจสาธารณะ ประกอบกับแนวคิดและทฤษฎีเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง เพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพตามที่ได้ศึกษามาเป็นลำดับนั้น อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญารัฐเป็นอำนาจที่มาจากแนวคิดทุกเรื่องดังกล่าว จนกลายเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐในการจัดทำสัญญาทางปกครองที่เป็นที่ยอมรับกันในทุกระบบกฎหมาย ทั้งนี้ในอีกมุมหนึ่งอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครองนั้น คือการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองต่อคู่สัญญาทางปกครองให้แก้ไขสัญญาทางปกครองนั่นเอง ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างนิติกรรมทางปกครองทั้ง 2 ประเภท คือ การออกคำสั่งทางปกครอง และทำสัญญาทางปกครองนั่นเอง

เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบของการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครองแล้วสามารถแยกออกได้เป็น 2 รูปแบบคือ

1. อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมาย
2. อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่ไม่มีกฎหมายกำหนด

รายละเอียดของแต่ละรูปแบบจะพิจารณาเป็นลำดับไป ดังนี้

2.3.1 อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมาย

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่รวมถึงอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้นหมายถึงอำนาจพิเศษของฝ่ายรัฐ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดทำสัญญาทางปกครองขึ้น ฝ่ายรัฐเห็นว่ามีควมจำเป็นก็จะกำหนดไว้ในข้อสัญญาเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ อำนาจพิเศษนี้เรียกว่า “เอกสิทธิ์” (Privilege) เป็นสิทธิพิเศษบุคคลบางคนหรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อแสวงประโยชน์หรืออ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น¹⁰ ในทางด้านกฎหมายนั้นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง Privilege of the Administration มีความหมายว่าเป็นสิทธิพิเศษของฝ่ายรัฐตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้ได้ปกครอง โดยฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือเนื่องจากฝ่ายรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ แต่คำว่า “สิทธิ” กล่าวถึงความชอบธรรมที่เอกชนจะใช้นับกับเอกชน ในฐานะที่เท่าเทียมกัน หรือใช้นับกับองค์กรของรัฐที่เหนือกว่าส่วนคำว่า “อำนาจ” โดยมากมักจะใช้กับผู้มีสถานะหรือหน้าที่สูงกว่าเอาไปยืนยันผู้มีสถานะต่ำกว่า

ดังนั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ หมายถึง อำนาจพิเศษของฝ่ายรัฐตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยที่ฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายเอกชน เนื่องจากฝ่ายรัฐมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ¹¹ สัญญาทางปกครองขึ้นอยู่กับหลักความเหนือกว่าของฝ่ายรัฐ ฝ่ายรัฐมีสิทธิมากกว่าเอกชน เช่น สามารถแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยต้องชดใช้ค่าทดแทน ในบางกรณีฝ่ายรัฐก็มีภาระหน้าที่มากกว่าคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่ง เช่น ฝ่ายรัฐต้องร่วมใช้ค่าทดแทนให้คู่สัญญาเอกชนที่ขาดทุนอย่างหนัก เพราะเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ไม่ใช่ความผิดของใครเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินอย่างต่อเนื่อง¹² โดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.3.1.1 จุดประสงค์ของการให้ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์

เพื่อให้สามารถดำเนินงานบริการสาธารณะไปอย่างต่อเนื่องเพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ เพื่อความมั่นคงปลอดภัยต่อสังคม เพื่อความเหมาะสมกับสภาพของสังคม เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ การดำเนินบริการสาธารณะจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายรัฐ ในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมดำเนินการในกิจการบริการสาธารณะ การบริหารสัญญาให้มีประสิทธิภาพเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ การให้ความคุ้มกันที่ไม่ต้องถูก

¹⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525,) หน้า 88.

¹¹ ไผทชิต เอกจริยกร, “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต : กรุงเทพฯ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526, หน้า 19.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 10, หน้า 312.

ฟ้องร้องใดๆ ต่อศาลได้ อันเป็นการให้ฝ่ายรัฐได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย ซึ่งมีจุดประสงค์โดยทั่วไปของการให้ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ ดังนี้

1. เพื่อให้สามารถดำเนินการงานบริการสาธารณะไปอย่างต่อเนื่อง
2. เพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ ซึ่งจะส่งผลให้สามารถป้องกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดได้อย่างทัน่วงที่ ก่อให้เกิดความสงบสุขแก่ชุมชน
3. เพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคม เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย
4. เพื่อความเหมาะสมกับสภาพของสังคมในขณะนั้น เนื่องจากในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากทั้งต่อสังคมและเศรษฐกิจ จึงจำเป็นต้องสร้างกลไกในการควบคุมหรือส่งเสริมกิจกรรมต่างๆ ของประชาชนให้มีประสิทธิภาพทัดเทียมกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งจะส่งผลให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคมส่วนรวม
5. เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ ในบางกรณีฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจในการออกคำสั่ง และบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นได้ หรือการที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมโดยมิได้วางกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดตายตัวในการปฏิบัติ ซึ่งความเคร่งครัดในการออกคำสั่ง และการบังคับจนเกินไปอาจถูกต้องดำเนินไปสู่ความไม่สามารถบรรลุผลการดำเนินการบริการสาธารณะได้¹³

2.3.1.2 ประเภทของเอกสิทธิ์ที่เป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

เอกสิทธิ์ของหน่วยงานของคู่สัญญาดังกล่าว จะพบได้ก็แต่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น เพราะในทางแพ่งนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยมีผลสมบูรณ์แล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอแก้ไขข้อกำหนดของสัญญา โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ส่วนในสัญญาทางปกครองโดยที่เนื้อหาแห่งสัญญาเป็นเรื่องของการบริการสาธารณะนั้นจะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ให้สอดคล้องกับสาธารณะประโยชน์อยู่เสมอ หลักกฎหมายปกครองจึงได้รับการยอมรับอำนาจเช่นนี้ของหน่วยงานรัฐ อย่างไรก็ตาม อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองนี้มิใช่เป็นอำนาจที่หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะใช้ได้ตามอำเภอใจแต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัด ดังนี้¹⁴

¹³ มนตรี ชนกนำชัย, “มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายไทย”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต : กรุงเทพฯ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540, หน้า 10-11.

¹⁴ พนม เอี่ยมประยูร, “ผลของสัญญาทางปกครอง”, ใน *รวมบทความที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร* (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 90-91.

1. หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะใช้อำนาจดังกล่าวนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีมูลเหตุมาจากความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับประโยชน์ของมหาชน

2. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้นจะต้องไม่เกินขนาด

3. หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งสัญญานั้นเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญา หน่วยงานของรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทน หรือขยายเวลาในการดำเนินการให้แก่เอกชนคู่สัญญาแล้วแต่กรณี

4. หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาจะอาศัยอำนาจนี้ลดค่าตอบแทนที่จะต้องจ่ายให้แก่เอกชนคู่สัญญาตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาไม่ได้

รายละเอียดของลักษณะและการใช้เอกสิทธิ์ในแต่ละประเทศจะทำการศึกษาในบทที่ 3 หลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ และบทที่ 4 หลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

2.3.2 อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่ไม่ได้กำหนดโดยสัญญาหรือกฎหมาย

ถึงแม้ว่าเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายหรือสัญญาทางปกครองใดๆเลยก็ตาม แต่โดยหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้วถือว่ารัฐมีเอกสิทธิ์ดังกล่าวซึ่งในแต่ละประเทศรวมทั้งประเทศไทยจะยอมรับการมีเอกสิทธิ์ในลักษณะเช่นนี้เพียงแต่ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์จะต่างกันออกไปบ้าง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ในประเทศที่มีการใช้สัญญาทางปกครองแยกออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น ฝรั่งเศส รวมถึงประเทศไทย ศาลปกครองสูงสุดจะเป็นผู้วางหลักเกณฑ์การใช้เอกสิทธิ์เอาไว้ ซึ่งจะมีรายละเอียดที่นำมาศึกษาของแต่ละประเทศต่อไปในบทที่ 3 และ 4 ในขั้นนี้จะนำมาพิจารณาเพียงว่าหากกฎหมายปกครองที่เป็นกฎหมายแม่บทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นในประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังไม่ได้กำหนดเรื่องเอกสิทธิ์ที่รวมเรื่องอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครองเอาไว้ให้ชัดเจนแล้ว ถึงแม้กฎหมายเฉพาะเช่น พระราชบัญญัติป่าไม้, พระราชบัญญัติรถไฟ ฯลฯ จะมีการกำหนดอำนาจเอกสิทธิ์เอาไว้ เกณฑ์การใช้เอกสิทธิ์นี้จะก่อให้เกิดความไม่แน่นอน การที่ไม่มีเอกสิทธิ์ในข้อกฎหมายและไม่มีในข้อสัญญานั้นเหมาะสมเพียงใด เมื่อฝ่ายรัฐใช้อำนาจกับฝ่ายเอกชน ทำให้ฝ่ายเอกชนต้องรับภาระติดพันอันไม่ได้ระบุไว้ในข้อสัญญา ในเหตุอันมีอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ อาจจะทำให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจจากฝ่ายรัฐ¹⁵ ในทางสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษ ทำให้ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เป็น

¹⁵ คมทวน วิสาลทานนท์, "สิทธิและเสรีภาพของเอกชนในการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง", (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), หน้า 238.

อย่างมาก เมื่อมีการใช้เอกสิทธิ์อาจจะขัดกับกฎหมายอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองลงไปก็ได้ ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องต่อศาลเพื่อขอแก้ไขสัญญาทางปกครอง โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายปกครองแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติไว้โดยตรง ฝ่ายรัฐก็มีอำนาจตามหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐให้การบริการสาธารณะนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์สาธารณะได้อยู่นั่นเอง

2.4 บทสรุป

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ หรือใช้อำนาจรัฐทำสัญญาเพื่อมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อประโยชน์สาธารณะแทนรัฐ ในสัญญาทางปกครองมีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลตามที่กฎหมายบัญญัติ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐมีอยู่ 3 ลักษณะ ดังนี้

1. การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ ฝ่ายรัฐจะใช้ได้ต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะมิชอบเขตอันจำกัดภายใต้สถานการณ์ร้ายแรงและเหตุฉุกเฉินเท่านั้น
2. การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐตามข้อสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจของฝ่ายรัฐมิชอบเขตอันจำกัดภายใต้ข้อสัญญาและข้อกำหนด ฝ่ายรัฐไม่ได้มีอำนาจเหนือฝ่ายเอกชนตลอดเวลาของอายุสัญญา และไม่ได้มีอำนาจเหนือฝ่ายเอกชนตลอดเวลาของอายุสัญญาและไม่ได้มีอำนาจเหนือในทุกกรณี
3. การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐกรณีไม่มีในข้อสัญญาทางปกครองและข้อกำหนด กฎหมายปกครองไม่มีบทบัญญัติโดยตรงที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ เมื่อมีการใช้เอกสิทธิ์อาจจะขัดกับกฎหมายอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองลงไปได้ส่งผลให้การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองอาจเป็นผู้วางหลักเกณฑ์เรื่องการใช้เอกสิทธิ์เอาไว้ก็ได้

ส่วนการแก้ไขสัญญาโดยการตกลงของคู่สัญญานั้น เป็นการเอาอำนาจพิเศษของรัฐระบุไว้ในสัญญาหรือไม่ได้ระบุไว้แต่ก็ถือว่ารัฐมีอำนาจพิเศษเสมอ แต่จะใช้ได้เมื่อมีเหตุจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือภายใต้สถานการณ์ร้ายแรงและฉุกเฉินเท่านั้น หากเป็นกรณีภาวะการบังคับรัฐจะตกลงกับเอกชนคู่สัญญาเพื่อแก้ไขสัญญา

สำหรับรายละเอียดในการใช้เอกสิทธิ์เรื่องการแก้ไขสัญญาโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐในแต่ละประเทศจะมีการศึกษาในบทที่ 3 และ 4 รวมทั้งจะได้มีการศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยในบทที่ 5 ต่อไปด้วย

บทที่ 3

หลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนว่า สัญญาทางปกครองในบริบทหนึ่งนั้นคือเครื่องมือของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาทางปกครองก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง ส่วนกฎหมายปกครองก็คือ กฎหมายประเภทหนึ่งในระบบกฎหมาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในทางตำราถึงระบบกฎหมายหลักที่สำคัญ 2 ระบบ คือ ระบบประมวลกฎหมายหรือ “ซีวิลลอว์” และระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือ “คอมมอนลอว์” นัยสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายหลักทั้ง 2 ระบบก็คือ การแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น “กฎหมายเอกชน” และ “กฎหมายมหาชน” แนวคิดของระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบมีความแตกต่างกันในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองที่สามารถเป็นได้ทั้งสัญญาในแง่ของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เมื่อแนวคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองมีความแตกต่างกันแล้ว กระบวนการและหลักการของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาประเภทหนึ่งของสัญญาของฝ่ายปกครองก็จะแตกต่างกันไปด้วย และแน่นอนว่าการแก้ไขสัญญาทางปกครองก็ย่อมแตกต่างกัน

ในบทนี้จะทำการศึกษาในรายละเอียดของหลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในต่างประเทศที่ในวิทยานิพนธ์ชิ้นนี้จะแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

1. กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งจะทำการศึกษาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ
2. กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law ซึ่งจะทำการศึกษาเฉพาะประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน

3.1 หลักกฎหมายและกระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในกลุ่มประเทศ Common Law

สองประเทศสำคัญที่ถือเป็นแม่แบบของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law* คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ประเด็นสำคัญของทั้ง 2 ประเทศนี้คือ ไม่มีหลักกฎหมายมหาชนแยกจากกฎหมายเอกชน ศาลยุติธรรมเป็นเพียงศาลเดียวที่ทำหน้าที่ตัดสินกรณีพิพาท ไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาใดและเกิดระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนกับเอกชนหรือเอกชนกับรัฐหรือฝ่ายปกครองก็ตาม สิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของสัญญาทางแพ่งกับสัญญาของฝ่ายปกครองก็คือข้อความในสัญญาที่จะมีเงื่อนไข

* ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีศาลปกครอง สัญญาทั้งหมดเป็นสัญญาของรัฐ เมื่อมีปัญหาจะขึ้นศาลยุติธรรม แต่สัญญาของรัฐมีลักษณะพิเศษเทียบเท่าสัญญาทางปกครอง

เฉพาะที่รัฐกำหนดขึ้นตามกฎหมายและ/หรือแนวทางปฏิบัติ เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจน เช่น เรื่อง การกำกับดูแล การเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือการยกเลิก เป็นต้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใดๆ หากประสงค์จะให้ผลบังคับจะต้องระบุเอาไว้ในสัญญา มิเช่นนั้นก็จะใช้บังคับไม่ได้หรือเป็นเรื่องของ หลักเกณฑ์ทางแพ่งที่ปรากฏชัดเจนในสัญญาที่เรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศทั้งสอง ลักษณะเช่นนี้คือนิติวิธีที่สำคัญที่นำหลักกฎหมายเอกชนและมหาชนมาผสมผสานกันคือเมื่อสัญญาเป็นเรื่องของข้อตกลง ดังนั้นหลักการคือสัญญาต้องเป็นสัญญา ซึ่งเป็นหลักทางกฎหมายเอกชน ขณะเดียวกัน รัฐก็มีความรับผิดชอบในการให้บริการสาธารณะ ซึ่งต้องมีอำนาจพิเศษ ดังนั้น อำนาจพิเศษหรือกฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือให้บริการสาธารณะต้องนำมาระบุเอาไว้ในสัญญาด้วย ซึ่ง หลักเกณฑ์อำนาจพิเศษเหล่านี้คือหลักของกฎหมายมหาชน ทั้งสิ้น

3.1.1 กระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา

กระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา (“Change” Clause) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

เอกสิทธิ์พิเศษหรืออำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาประการหนึ่ง ได้แก่ การที่สัญญาของฝ่ายปกครองมีการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาได้โดยรัฐฝ่ายเดียว (Unilateral Changes) อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวดังกล่าวจะต้องกระทำภายใต้ขอบเขตโดยทั่วไปของการปฏิบัติตามสัญญา อาทิเช่น การออกแบบต้นร่างหรือโครงสร้างเบื้องต้น (Drawings and designs) รายการของโครงการ การเปลี่ยนแปลงปริมาณคุณสมบัติ (Specifications) วิธีการขนส่ง (Method of shipment) หรือการบรรจุหีบห่อ (Packing) สถานที่จัดส่งสินค้า (Place of delivery) หรือกำหนดเวลาส่งมอบสินค้าที่จัดซื้อเป็นต้น สำหรับในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักการโดยทั่วไปของกระบวนการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญา ซึ่งประกอบด้วย 3 ส่วนคือ ประเภทของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองตามระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาล การแปลงหนี้ใหม่ และการเปลี่ยนแปลงการให้สิทธิในการให้บริการสาธารณะ โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1.1.1 ประเภทของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองตามระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาล

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองมีลักษณะพิเศษกว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางแพ่งทั่วไปคือ นอกจากจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยความตกลงของคู่สัญญา เช่นเดียวกับสัญญาในทางแพ่งแล้ว ยังมีกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ที่ทำได้โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น ทั้งนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่ละประเภท พิจารณาได้ ดังนี้

ก. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาความตกลงของคู่สัญญา (Bilateral Modification)

ดังที่กล่าวแล้วว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลเป็นสัญญาที่ใช้มากที่สุด และมีมาตรฐานเช่นเดียวกัน ในส่วนนี้จึงสามารถทำความเข้าใจการแก้ไขสัญญาโดยพิจารณาจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นหลัก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดยความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (“Bilateral Modification”)* คือ การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาที่เป็นตัวแทนของฝ่ายรัฐและเอกชนผู้รับจ้างได้ทำการเจรจาและตกลงร่วมกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาภายใต้หลักการปรับเปลี่ยนอย่างเป็นธรรม (equitable adjustment)** คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะทำการลงนามในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม (Supplement Agreement) ซึ่งข้อกำหนดที่ได้ระบุไว้ในสัญญา Supplement Agreement นั้นมักจะกำหนดให้รัฐพ้นจากความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้รับจ้างยื่นคำเสนอให้ขอปรับเปลี่ยนสัญญา (Proposal for Adjustment) เนื่องจากเหตุปัจจัยต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป¹

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่เป็น Bilateral Modification จะใช้ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้²

ก.1 กรณีเมื่อมีการเจรจาปรับเปลี่ยนสัญญาเนื่องจากมีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา

ก.2 กรณีที่เป็น Definitive Letter Contracts ***

* FAR 43.103 (a) Bilateral. A bilateral modification (supplement agreement) is a contract modification that is signed by the contractor and the contracting officer. Bilateral modifications are used to.

- (1) Make negotiated equitable adjustment resulting from the issuance of a change order;
- (2) Definitive letter contracts; and
- (3) Reflect other agreements of the parties modifying the terms of contracts.

** ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากรัฐอย่างเป็นธรรม หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาส่งผลให้ค่าใช้จ่ายตามสัญญาหรือระยะเวลาในการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างเพิ่มขึ้น หลักการปรับเปลี่ยนอย่างเป็นธรรมนี้เป็นกลไกที่ใช้ในกรณีที่สัญญาอาจไม่ได้มีการกำหนดราคาของงานอย่างเหมาะสมไว้

¹ W. Noel Keyes, Government Contract 3rd ed. (United States of America: West Group, 2000), p.446.

² FAR 43.103 (a)

*** Letter Contract คือ สัญญาที่ไม่เต็มรูปแบบ เนื่องจากมีความจำเป็นต้องเริ่มการปฏิบัติงานก่อนที่คู่สัญญาจะได้มีการลงนามในสัญญาขั้นสุดท้ายอย่างเป็นทางการ (formal definitive contract) ซึ่งใน letter contract จะไม่กำหนดราคาที่ตกลงกันแน่นอน (firm price) แต่จะระบุข้อสัญญามาตรฐานและข้อจำกัดความรับผิดของรัฐ รวมทั้งมีข้อความว่าคู่สัญญาจะต้องลงนามในสัญญาที่จะใช้บังคับระหว่างกันในวันใด ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับเรื่องของราคาหรือข้อกำหนดอื่น ๆ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจที่จะดำเนินการแต่เพียงฝ่ายเดียวที่จะนำเรื่องการกำหนดราคาขึ้นสู่การพิจารณาภายใต้ข้อสัญญาที่ระบุข้อพิพาท (Disputes Clause) และผู้รับจ้างต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติงานภายใต้ letter contract ต่อไปจนกว่าเงินทุนเพื่อการดังกล่าวจะหมดลง

ก.3 กรณีเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาอื่น (Reflect other agreements of the parties modifying the terms of contracts)

อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะต้องไม่ลงนามในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่อาจทำให้รัฐต้องจ่ายเงินมากขึ้นโดยที่ยังไม่ได้รับการรับรองเรื่องการจัดสรรเงินให้สำหรับค่าใช้จ่ายส่วนที่เพิ่มขึ้นนั้น (certification of fund availability) *

ข. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral Modification) **

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งโดยหลักการแล้วจะต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ส่วนกรณีของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น ศาลมองว่าเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญา หากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาโดยฝ่ายเดียว

ข.1 หลักการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานของรัฐ

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานของรัฐเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาทำการแก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยมิต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามข้อกำหนด Change Clause *** ในสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวจะใช้ในกรณีต่าง ๆ เช่น

* 43.105.Availability of Funds.

(a) The contracting officer shall not execute a contract modification that causes or will cause an increase in funds without having first obtained a certification of fund availability.

** 43.103 (b) Unilateral. A unilateral modification is a contract modification that is signed only by the contracting officer.

Unilateral modifications are used, for example, to

(1) Make administrative changes;
 (2) Issue change orders;
 (3) Make changes authorized by clauses other than a changes clause (e.g. Property clause, Options clause, or Suspension of Work clause); and
 (4) Issue termination notices.

*** Changes Clause ในสัญญาประเภท fixed-price supply contract กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจจะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาภายในขอบเขตของสัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับภาพวาด (drawings), รูปแบบ (designs), รายละเอียดของสินค้า (specification) ในกรณีที่สินค้านั้นต้องผลิตให้แก่รัฐบาลโดยเฉพาะ หรือวิธีการในการจัดส่งหรือหีบห่อ และสถานที่จัดส่งสินค้าได้ฝ่ายเดียว และในกรณีที่ผู้ค้าประกัน รัฐมิต้องแจ้งให้ผู้ค้าประกันทราบนอกจากนี้ Change Clause ยังปรากฏอยู่ในสัญญา fixed-price construction contract ด้วยเช่นกัน

1. เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาทำ Administrative Changes*
2. เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง (Change Orders)
3. เมื่อข้อกำหนดอื่นนอกเหนือจากข้อกำหนดใน Change Clause ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาในการที่จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น ตามข้อกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Property Clause) ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิเลือก (Option Clause) หรือข้อกำหนดการพักงาน (Suspension of Work Clause) และ

4. เมื่อมีการทำหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญา
ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานของรัฐ ประกอบด้วย

- 1) ลักษณะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานของรัฐ
การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว สามารถดำเนินการในลักษณะต่าง ๆ ได้ ดังนี้

(1) Administrative Change หมายถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับการแก้ไขที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิอันเป็นสาระสำคัญของคู่สัญญา เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องสถานที่ชำระเงิน เป็นต้น

(2) Change Order โดยทั่วไปสัญญาที่รัฐทำขึ้นจะมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิรัฐทำการแก้ไขสัญญาได้ที่เรียกว่า Change Clause ซึ่ง Change Clause นั้น ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียวภายในขอบเขตแห่งสัญญา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจึงสามารถออกคำสั่งเพื่อทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร และลงนามฝ่ายเดียวที่เรียกว่า Change Order ได้ แต่ในบางกรณีจะมีการมอบอำนาจให้ administrative contracting officer เป็นผู้ออกคำสั่ง Change Order** และในการทำคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวที่เป็น Change Order นั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะขอความเห็นชอบจากผู้รับจ้างเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาก่อนหรือไม่ก็ได้

* FAR 43.101 "Administrative Change" means a unilateral (See 43.103 (b)) contract change, in writing, that does not affect the substantive rights of the parties (e.g., a change in the paying office or the appropriation data).

** FAR 43.202 Change orders shall be issued by the contracting officer except when authority is delegated to an administrative contracting officer (See 42.202(c)).

ในการแก้ไขสัญญาโดยการออกคำสั่ง Change Order ฝ่ายเดียวโดยรัฐนั้น ต้องเป็นคำสั่งที่ออกเพื่อการแก้ไขงานที่อยู่ภายในขอบเขตของสัญญาเท่านั้น เนื่องจากหากรัฐออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงนอกขอบเขตแห่งสัญญาที่เรียกว่า Cardinal Changes ก็จะต้องว่ารัฐกระทำผิดสัญญา และเอกชนผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาและขอรับการเยียวยาสำหรับความเสียหายได้³ ทั้งนี้ ศาลได้เคยวินิจฉัยโดยนำหลักการในเรื่องขอบเขตของการแข่งขัน “scope of competition” มาใช้เพื่อทดสอบว่า ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมงานในสัญญาอย่างเหมาะสมหรือไม่ดังได้เคยตัดสินไว้ในกรณี American Air Filter Co., 57 Comp. Gen.567 (B-188408), 78-1CPD ¶443* กล่าวคือ ดูว่าในขั้นตอนของการยื่นซองประกวดราคา ผู้ยื่นซองประกวดราคาโดยทั่วไปพึงคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลหรือไม่ว่างานดังกล่าวอยู่ในขอบเขตที่จะได้รับการเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัย Change Clause

ในคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เป็น Change Order ดังกล่าว คำสั่งจะต้องประกอบไปด้วยรายการที่ผู้รับจ้างต้องดำเนินการแก้ไข นอกจากนั้นแล้ว การออกคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรตามแบบ Standard Form 30 (Amendment of Solicitation/Modification of Contract หรือแบบ SF 30) หรือตามแบบที่ FAR อาจกำหนดไว้เป็นประการอื่นตาม FAR 43.301** ทั้งนี้ เคยปรากฏในคดี Robinson Contracting Co. v. United States, 16 Cl.Ct. 676 (1989) ว่า การออกคำสั่ง Change Order ไม่ต้องทำตามแบบ SF 30

³ John Cibinic, Jr., Ralph C. Nash, Jr., Formation of Government Contract 3rd ed., (United States of America : The George Washington University, 1998), p. 260.

* "...The impact of any competition is in our view to be determined by examining whether the alteration is within the scope of the competition which was initially. Ordinarily, a modification falls within the scope of the procurement provided that it is of a nature which potential offerors would have reasonably anticipated under the change clause. To determine what potential offerors would have reasonably expected, consideration should be given, in our view, to the procurement format used, the history of the present and the related past procurements, and the nature of the supplies or services sought. A variety of factors may be pertinent, including: whether the requirement was appropriate initially for an advertised or negotiated procurement; whether a standard off-the-shelf or similar item is sought; or whether, e.g. the contract is one for research and development, suggesting that broad changes might be expected because the Government's requirements are at best only indefinite..".

** FAR 43.301 Use of Forms.

(a) (1) The Standard Form 30 (SF 30), Amendment of Solicitation/Modification of Contract, shall except for the options stated in 43.301 (a)(2) or actions processed under Part 15) be used for—

- (i) Any amendment to a solicitation;
- (ii) Change orders issued under the Changes clause of the contract;
- (iii) Any other unilateral contract modification issue under a contract clause authorizing such modification without the consent of the contractor;

ภายหลังจากที่มีการออกคำสั่ง Change Order แล้ว ผู้รับจ้างต้องพิจารณา และทำการยืนยันสิทธิของตนเกี่ยวกับการปรับราคาเป็นลายลักษณ์อักษรภายในกำหนดระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาได้มีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาได้พิจารณาข้อเรียกร้องการปรับราคาของผู้รับจ้างแล้ว และหากเห็นว่าอาจยอมรับได้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจยอมรับข้อเรียกร้องของผู้รับจ้างดังกล่าว และอนุมัติตามที่ผู้รับจ้างได้ยื่นเสนอมาก่อนการชำระเงินตามสัญญางวดสุดท้าย แต่หากตกลงกันไม่ได้เกี่ยวกับการปรับราคา ผู้รับจ้างสามารถตั้งข้อพิพาท ภายใต้ dispute clause ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้รับจ้างยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญา ตลอดจนส่วนที่ได้มีการแก้ไขนั้นด้วยต่อไป

(3) กรณีที่ถือว่าได้มีการเปลี่ยนแปลงสัญญา (Constructive Changes) คือ การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญากระทำโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรในลักษณะของการชี้แจง การออกคำสั่ง การตีความสัญญา การไม่เปิดเผยข้อมูลสำคัญ หรือการเร่งการปฏิบัติงาน ที่ก่อให้เกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงของสัญญา หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า Constructive Changes เกิดขึ้นจากการดำเนินการอย่างไม่เป็นทางการหรือไม่ดำเนินการใด ๆ ของรัฐ (informal government actions or inactions) ที่กระทำให้เกิดงานเพิ่มขึ้น (Extra Works) โดยผู้รับจ้างไม่ได้สมัครใจยินยอมกับการแก้ไขหรือกรณีที่มีการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของค่าใช้จ่ายหรือระยะเวลาในการปฏิบัติงานตามสัญญา*

The Administrative Boards of Contract Appeals และศาลในสหรัฐอเมริกาจำแนกประเภทของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เป็น Constructive Changes ออกได้เป็นกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้⁴

(iv) Administrative changes such as the correction of typographical mistakes, changes in the paying office and changes in accounting and appropriation data;

(v) Supplemental agreements (see 43.103); and

(vi) Removal, reinstatement, or addition of funds to a contract.

(2) The SF 30 may be used for—

(i) Modifications that change the price of contracts for the acquisition of petroleum as a result of economic price adjustment;

(ii) Termination notice; and

(iii) Purchase order modifications as specified in 13.302-3.

* The ABA Section of Public Contract Law, Government Contract Law: The Deskbook for Procurement Professionals/Based on the Contract Attorney's Course of the Judge Advocate General's School, U.S. Army 2nd ed. (United States of America: ABA Publishing, 1999) p.254.

⁴ http://profs.lp.findlaw.com/govt/govt_6.html. Visited 3 June 2002.

1. กรณีที่รัฐมีคำสั่งที่ไม่เป็นทางการก่อให้เกิดงานที่เพิ่มขึ้น (Informal Extra Work Directive)⁵

2. กรณีที่รัฐกำหนดรายละเอียดของสินค้าหรือบริการของรัฐบกพร่อง หรือไม่ สามารถปฏิบัติงานได้ (Defective Government Specifications of Impossibility of Performance) ตัวอย่างเช่น ความบกพร่องในเรื่องรูปแบบ (Design Specification) ความบกพร่องในรายละเอียดของการปฏิบัติงาน ความบกพร่องในรายละเอียดการสั่งซื้อสินค้า หรือความบกพร่องของส่วนประกอบของสินค้า⁶

3. กรณีที่รัฐตีความสัญญาไม่ถูกต้องทำให้เกิดงานที่เพิ่มขึ้น (Contract Misinterpretation by the Government Causing Extra Work)

4. กรณีที่รัฐแทรกแซงการทำงานของผู้รับจ้างหรือกรณีที่รัฐไม่ให้ความร่วมมือกับผู้รับจ้างในการปฏิบัติงาน (Interference and Failure of the Government to Cooperate During Performance) ดังปรากฏในกรณี R&B Bewachungsgesellschaft GmbH, ASBCA No. 42213, 91-3 BCA ¶24,310⁷ ซึ่งคณะกรรมการได้ตัดสินว่าในการทำสัญญารัฐมีภาระผูกพันโดยนัยประการหนึ่งคือต้องให้ความร่วมมือกับผู้รับจ้างทั้งหลายและต้องไม่ทำการบริหารจัดการสัญญาในลักษณะปกปิด ซ่อนเร้น หรือก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานที่เพิ่มขึ้น

5. กรณีที่รัฐไม่เปิดเผยข้อมูลที่มีความสำคัญ (Failure to Disclose Vital Information, Superior Knowledge) ดังปรากฏในคดี Helen Curtis Indus. v. United States, 312 F.2d 774 (Cl.507 (1963); Miller Elevator Co., v. United States, 30 Fed. Cl.662 (1994) และ Bradley Const.Inc. v. United States, 30 Fed.Cl.507 (1994)⁸ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่ารัฐต้องให้ความร่วมมือกับผู้รับจ้างและไม่ปกปิดข้อมูลหรือแทรกแซงด้วยการกระทำใด ๆ รัฐมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่มีความสำคัญซึ่งผู้รับจ้างไม่อาจรู้ได้

6. กรณีที่ถือว่าได้มีการเร่งรัดในการปฏิบัติงาน (Constructive Acceleration) ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาปฏิเสธที่จะยอมรับหรือยืนยันตารางการทำงานตามสัญญาใหม่และมีคำสั่งให้ผู้รับจ้างปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาตามสัญญาเดิม ดังปรากฏในคดี Norair Eng'g Corp. v. United States, 666 F.2d 546 (CT.Cl.1981)⁹

⁵ The ABA Section of Public Contract Law, op. cit., footnote 15, p.254.

⁶ Ibid., p.259.

⁷ Ibid., p.261.

⁸ Ibid., p.263.

⁹ Ibid., p.264.

ดังนั้น หากการทำ Constructive Changes ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาตามสัญญา หรือระยะเวลาในการปฏิบัติงาน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องกระทำการปรับเปลี่ยนราคาหรือระยะเวลาในการปฏิบัติงานตามสัญญาอย่างเป็นธรรม ผู้รับจ้างอาจยื่นยันสิทธิในการปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาดังกล่าว โดยแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนด (โดยทั่วไปคือ 30 วัน) นับแต่วันที่ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา มีคำสั่ง หรือก่อนที่จะมีการชำระเงินงวดสุดท้าย แต่หากคู่สัญญาไม่สามารถทำความเข้าใจกันได้ในเรื่องการปรับเปลี่ยนราคา ผู้รับจ้างสามารถนำข้อขัดแย้งดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาภายใต้หลักเกณฑ์ของ Disputes Clause ได้อย่างไรก็ตาม ผู้รับจ้างยังคงต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ที่ตนพึงกระทำภายใต้ข้อสัญญาต่อไป รวมทั้งการปฏิบัติตามข้อแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญากำหนด ทั้งนี้ Constructive Change จะมีการพิจารณาเพิ่มเติมในหัวข้อสาระสำคัญเพิ่มเติมของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง

2) ผลของการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวโดยชอบ

ในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวกรณีที่ทำโดยชอบนั้นมีหลักการที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ เรื่องการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม (Equitable adjustment) และหลักเกณฑ์กรณีการเปลี่ยนแปลงที่นอกเหนือขอบเขตโดยทั่วไปของสัญญา (The Cardinal Change Doctrine)

(1) หลักการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม (Equitable adjustment)

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting Officer) พิจารณาที่จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาที่มีผลกระทบต่อต้นทุนของการปฏิบัติตามสัญญา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะต้องจัดทำ Equity adjustment ในการเปลี่ยนแปลงราคาตามสัญญาหรือกำหนดเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาหรือทั้งสองอย่าง โดยทั่วไปจะหมายถึง (1) ต้นทุนค่าใช้จ่ายของงานที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงบวกด้วย (2) กำไรจากการดำเนินการตามสัญญาในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อต้นทุนค่าใช้จ่ายในการดำเนินการหรือระยะเวลาที่ใช้ในการปฏิบัติงานตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาของรัฐมีเงื่อนไขเกี่ยวข้องด้วยข้อกำหนดว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงและข้อกำหนดว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์ฝ่ายเดียว เอกชนคู่สัญญาจะไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญา (Traditional breach-of-contract damages) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาได้แจ้งเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์ฝ่ายเดียว

นอกจากนั้น ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขในเชิงปฏิเสธผลงาน ก็อาจจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นให้แก่เอกชนคู่สัญญาด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดีเรื่องหนึ่ง โจทก์ได้ว่าจ้างผู้รับเหมาช่วงในการจัดหาคอนกรีต แต่ปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ควบคุมสัญญาของฝ่ายปกครองปฏิเสธผลงานของผู้รับเหมาช่วงหลายครั้งหลายครา โดยที่โจทก์ไม่ได้ผิดสัญญาในเรื่องอื่นๆ คอนกรีตดังกล่าวก็เป็นไปตามสัญญา โจทก์ได้โต้แย้งคำสั่งปฏิเสธผลงานของเจ้าหน้าที่ควบคุมสัญญา ต่อมา ผู้รับเหมาช่วงได้ทำงานอันเป็นผลมาจากคำสั่งปฏิเสธผลงานของเจ้าหน้าที่ควบคุมสัญญานั้น ทำให้โจทก์ต้องว่าจ้างผู้รับเหมาช่วงรายใหม่ด้วยค่าตอบแทนที่สูงขึ้นกว่าเดิม จากการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ ศาลวินิจฉัยว่า คอนกรีตของผู้รับเหมาช่วงรายแรกมีคุณสมบัติที่ยอมรับได้ โจทก์สามารถที่จะเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากความล่าช้า และค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายเพิ่มขึ้นในการว่าจ้างผู้รับเหมาช่วงรายใหม่จากรัฐอันเนื่องมาจากคำสั่งปฏิเสธผลงานดังกล่าวได้

(2) การเปลี่ยนแปลงที่นอกเหนือขอบเขตโดยทั่วไปของสัญญา (The Cardinal Change Doctrine)

หลักเกณฑ์ประการหนึ่งในการพิจารณาขอบเขตของการเปลี่ยนแปลง ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงจะอยู่นอกกรอบทั่วไปของสัญญา (ฉบับเดิม) หากงานที่เจ้าหน้าที่สัญญา (Contract Officer) สั่งให้เอกชนคู่สัญญากระทำตามที่มีการแก้ไขนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันในแง่ที่แตกต่างออกไปจากงานที่ระบุในหนังสือชี้ชวนให้เข้าร่วมประกวดราคา (Invitation for Bid) ตามสัญญา (ฉบับเดิม) จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อกำหนดเกี่ยวกับขอบเขตทั่วไปนั้นเป็นการคุ้มครองเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายของหลักการแข่งขันอย่างเต็มที่และเปิดเผย (Full and open competition) หากมุ่งที่คุ้มครองเอกชนคู่สัญญาเป็นหลักแต่อย่างใด

ในคดี Allied Materials & Equipment Co. v. United States, 569 F.2d 562, 563-564 (Ct.Cl. 1978) ศาลได้วินิจฉัยว่า ข้อตกลงว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงฝ่ายเดียว หมายถึงเฉพาะแต่การเปลี่ยนแปลงภายใต้ขอบเขตทั่วไปของการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น แต่จะไม่หมายความรวมถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงที่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตของสัญญาซึ่งไม่จำกัดเฉพาะจำนวนรายการของความเปลี่ยนแปลงแต่ยังรวมถึงคุณลักษณะต่างๆ ของเนื้องาน ระยะเวลาในการทำงานตามสัญญา และปริมาณของงานที่จะต้องกระทำตามสัญญาด้วย หลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ (Cardinal Change) คือ งานที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นหรือขาดเสียไม่ได้ และเป็นงานที่มีลักษณะทำนองเดียวกับงานเดิมตามสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในสาระสำคัญซึ่งเอกชนคู่สัญญาไม่มีหน้าที่จะต้องกระทำหากเป็นไปตามสัญญาที่มีอยู่เดิม หรือมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดกับงานดั้งเดิมที่คู่สัญญาได้เจรจาต่อรองก่อนเข้าทำสัญญา การเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญถือได้ว่าเป็นการผิดสัญญา และเอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้

3) หลักการตีความการเปลี่ยนแปลง (Constructive Change Doctrine)

หลัก Constructive Change Doctrine เป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งในการประกันว่าการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญาจะยังคงมีความต่อเนื่อง และฝ่ายปกครองจะบรรเทาเยียวยาความเสียหายหากเกิดความผิดพลาดขึ้นในภายหลัง กล่าวคือ เมื่อมีการสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ โดยฝ่ายปกครอง แม้การตีความหรือการพิจารณาการเปลี่ยนแปลงตามคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นจะไม่ตรงกับหรือแตกต่างไปจากการตีความของเอกชนคู่สัญญา เจ้าหน้าที่สัญญาจะมีสิทธิที่จะยืนยันให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตีความนั้น และเอกชนคู่สัญญาก็จะต้องปฏิบัติตามการตีความวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่สัญญา โดยเอกชนคู่สัญญาจะมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหาย

นอกจากนั้น เมื่อฝ่ายปกครองยืนยันให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของตนที่มีต่อการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงฝ่ายเดียวแล้ว แม้จะไม่ได้ดำเนินการในแบบพิธีที่กำหนดในระเบียบ เช่น การแจ้งบอกกล่าว ยืนยันไม่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ เป็นต้น ฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องรับผิดชอบใช้ให้แก่เอกชนคู่สัญญาด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดี Southwest Welding & Mfg. v. United States, 188 Ct. Cl. 925, 413 F.2d 1167, 1183 (1969) และ C.W. Schmid v. United States, 351 F.2d 651 (Ct. Cl. 1965) ศาลได้พิพากษาโดยสรุปได้ความว่า เมื่อรัฐบาลได้สั่งให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติในสิ่งทีนอกเหนือจากสิ่งที่กำหนดในสัญญา ซึ่งรัฐบาลเป็นผู้ร่างข้อตกลงนั้น รัฐบาลก็ควรที่จะต้องรับผิดชอบใช้ให้แก่เอกชนคู่สัญญาภายใต้ข้อตกลงมาตรฐานว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว (Unilateral changes clause) แม้รัฐบาลจะมีได้ดำเนินการออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ถูกต้องตามเงื่อนไขในข้อตกลงว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว และเอกชนคู่สัญญายอมมีสิทธิได้รับการเยียวยาแก้ไขที่เป็นธรรม (Equitable adjustment) ตามสัญญานั้น

หลักว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงได้นำไปใช้ในสถานการณ์อื่นๆ ด้วย เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้สั่งให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามรายการที่ไม่ถูกต้องตรงตามสัญญา กรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยื่นกรณที่จะให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามการตีความสัญญาที่ผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้น กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งการให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาให้แล้วเสร็จครบถ้วนก่อนกำหนดวันส่งมอบตามสัญญา หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งให้เอกชนคู่สัญญาทำตามกระบวนการตรวจสอบคุณสมบัติมาตรฐานที่ไม่ได้เป็นไปตามสัญญาระหว่างกัน

กล่าวโดยสรุป เอกชนคู่สัญญา มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่สัญญา (Contracting officer) แม้ตนจะไม่เห็นพ้องด้วยก็ตาม ทั้งนี้ตามระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลาง ข้อ 52.243-1 (e)

4) ความแตกต่างระหว่าง “การเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวบางส่วน” กับ “การบอกเลิกเพื่อความสะดวกบางส่วน”

ในคดี J.W. Bateson Company, Inc. v. United States, 434 U.S. 586 (1978) ศาลได้วินิจฉัยวางหลักความแตกต่างของหลักการเปลี่ยนแปลงและหลักการบอกเลิกสัญญาไว้ กล่าวโดยสรุปได้ว่า โดยทั่วไป หลักการเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวอาจถือได้ว่าเป็นการบอกเลิกเพียงบางส่วน ได้หากพิจารณาในแง่ของการลดปริมาณงานซึ่งเอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาในการพิจารณาพิพากษาถึงความแตกต่างของหลักการเปลี่ยนแปลงกับหลักการบอกเลิกเพียงบางส่วนที่ถ่ายถอดออกมา ค่อนข้างจะเป็นรูปธรรมที่สุดควรจะอยู่ที่จำนวนหรือขนาดที่สามารถนับได้หากจะเทียบกับการพิจารณาจากส่วนใหญ่หรือส่วนน้อยของความผันแปรเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นของรูปแบบหรือวิธีการในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การเพิ่มขึ้นของงานเป็นการ “แก้ไข” การลดลงของงานเป็นการ “ยกเลิก” เป็นต้น

นอกจากนั้น หลักการเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวบางส่วนจะมีความแตกต่างจากหลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพียงบางส่วนในเรื่องของ “ผล” กล่าวคือ หากเป็นกรณีของ “การเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวบางส่วน” เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องต้นทุนบวกด้วยกำไร แต่ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีของ “การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวแต่เพียงบางส่วน” เอกชนคู่สัญญาจะมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะในส่วนของต้นทุนตามสัญญาเท่านั้น

ข.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

The Comptroller General เคยตัดสินในหลายกรณีด้วยกันว่า ภายหลังจากการทำสัญญาหากผู้รับจ้างมีความพยายามที่จะดำเนินการไปในวิถีทางที่แตกต่างไปจากที่ได้ระบุไว้ในข้อสัญญาให้ถือว่าผู้รับจ้างผิดสัญญา และรัฐมีสิทธิที่จะยืนยันให้คงไว้ซึ่งการดำเนินการตามสัญญาอย่างเคร่งครัด¹⁰ อย่างไรก็ตาม FAR ได้กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเท่านั้นในการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยผู้รับจ้างจะได้รับการเยียวยาอย่างเป็นธรรม (equitable adjustment) จากรัฐ หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาดังกล่าวได้ส่งผลให้มีการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของค่าใช้จ่ายหรือเวลาที่ต้องใช้ในการดำเนินงานตามสัญญา หากผู้รับจ้างมีความประสงค์ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาจึงกระทำได้อาศัยการแก้ไขสัญญาโดยความตกลงของคู่สัญญาตามข้อ 5.1.1 ข้างต้น

3.1.1.2. การแปลงหนี้ใหม่

FAR ได้ให้นิยามของ Novation Agreement ในหมวดของ Definition ไว้ว่าเป็นเอกสารทางกฎหมายที่กระทำขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา (ผู้โอน) ผู้สืบทอด (ผู้รับโอน) และรัฐ โดยผู้โอนรับประกันการปฏิบัติตามสัญญา ผู้รับโอนเป็นผู้รับภาระทั้งปวงภายใต้สัญญา ในขณะที่รัฐยอมรับการโอนสัญญาและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้อง *

¹⁰ W. Noel Keyes, op. cit., footnote 4, p.440.

* “Novation agreement” means a legal instrument

(1) Executed by the –

สัญญาแปลงหนี้ทำขึ้นเพื่อรับรองสิทธิผู้สืบสิทธิในสัญญา ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามสัญญาของผู้รับจ้างได้ถูกโอนไป หรือเพื่อใช้ในกรณีรับรองการเปลี่ยนแปลงชื่อของผู้รับจ้าง* สำหรับในส่วนของรัฐนั้น เจ้าหน้าที่ที่เป็น Administrative Contracting Officer (“ACO”) หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการจัดการและลงนามในสัญญาแปลงหนี้¹¹

การปรับใช้สัญญาแปลงหนี้ (Applicability of Novation Agreement) มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. หลักการห้ามผู้รับจ้างโอนสัญญาของรัฐให้แก่บุคคลที่ 3 โดยหลักแล้ว FAR ** กำหนดห้ามผู้รับจ้างโอนสัญญาของรัฐให้แก่บุคคลที่สาม แต่หากรัฐเห็นว่ากรณีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐ รัฐอาจจะยอมรับบุคคลที่สามเข้าเป็นผู้สืบสิทธิในสัญญาของรัฐได้ หากทรัพย์สินทั้งปวงของผู้รับจ้างหรือส่วนจำนวนของทรัพย์สินของผู้รับจ้างทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามสัญญาได้โอนไปยังบุคคลที่สาม ซึ่งการโอนทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าว ให้รวมถึงกรณีดังนี้***

(1) การขายทรัพย์สินไปพร้อมกับหน้าที่ตามสัญญา (Sale of these assets with a provision for assuming liabilities)

- (i) contractor (transferor);
- (ii) Successor in interest (Transferee); and
- (iii) government; and

(2) By which, among other things, the transferor guarantees performance of the contract, the transferee assumes all obligations under the contract, and the government recognizes the transfer of the contract and related assets.

* FAR 42.1200. Scope of Subpart

This subpart proscribes policies and procedures for

- (a) Recognition of as successor in interest to Government contracts when contractor assets are transferred;
- (b) Recognition of a change in a contractor's name; and
- (c) Execution of novation agreements and change-of-name agreements by the responsible contracting officer.

¹¹ FAR 42.1202

** ตามที่บัญญัติไว้ใน FAR 42.1204 Applicability of Novation Agreement. กฎ 41 U.S.C. 15 ห้ามผู้รับจ้างโอนสัญญาของรัฐให้แก่บุคคลที่สาม

*** FAR 42.1204 (a) (2) The entire portion of the assets involved in performing the contract. (See 14.404-2(1) for the effect of novation agreements after bid opening but before award.) Examples of such transactions include, but are not limited to

- (i) Sale of these assets with a provision for assuming liabilities;
- (ii) Transfer of these assets incident to a merger or corporate consolidation; and
- (iii) Incorporation of a proprietorship or partnership, or a formation of a partnership.

(2) การโอนทรัพย์สินทั้งหลายเป็นผลอันเนื่องจากการควบรวมกิจการ และ

(3) การประกอบธุรกิจร่วมกันในลักษณะหุ้นส่วน หรือการจัดตั้งห้างหุ้นส่วน

ในกรณีที่รัฐพิจารณาแล้วไม่เห็นพ้องด้วยในการโอนสัญญาจากบริษัทหนึ่งไปยังอีกบริษัทหนึ่งเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์แก่รัฐ ผู้รับจ้างเดิมยังคงมีภาระหน้าที่ตามสัญญาต่อรัฐอยู่ และหากผู้รับจ้างเดิมไม่ปฏิบัติตามสัญญา รัฐอาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹²

ข. หลักการเกี่ยวกับการแปลงหนี้

การทำสัญญาแปลงหนี้ อาจไม่มีความจำเป็นต้องกระทำหากการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้รับจ้างนั้นเป็นผลมาจากการซื้อขายหุ้น ซึ่งผู้รับจ้างยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินและหน้าที่ตามสัญญา¹³

ค. หลักการพิจารณารับรองสิทธิของบุคคลที่ 3

ในการพิจารณารับรองสิทธิของบุคคลที่สามนั้น¹⁴ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะต้องดำเนินการพิจารณาและทำการประเมินว่าการอนุมัติการทำสัญญาดังกล่าวจะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางด้านผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการแปลงหนี้ดังกล่าวหรือไม่ เช่น กรณีเป็นความขัดแย้งระหว่างองค์กรที่เป็นองค์กรประเภทที่แสวงหากำไรและไม่แสวงหากำไร หรือองค์กรที่จัดตั้งโดยอาศัยเงินทุนสนับสนุนส่วนใหญ่หรือทั้งหมดจากรัฐ ซึ่งความขัดแย้งดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสัญญาให้บริการบริหารจัดการ (management support services) การให้บริการทางวิชาชีพ หรือการให้ความช่วยเหลือในการประเมินผลงานทางด้านเทคนิคหรือการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีความเห็นว่าการขัดกันทางผลประโยชน์ดังกล่าวไม่สามารถบรรลู่ถึงข้อตกลงได้ แต่เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐจะเป็นฝ่ายได้ประโยชน์มากที่สุดหากรัฐอนุมัติคำขอแปลงหนี้ นั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจทำการยื่นคำขอให้ยกเว้น (Waiver) การบังคับใช้กฎข้อบังคับหรือขั้นตอนที่พึงปฏิบัติต่างๆ โดยการทำการร้องที่เป็นลายลักษณ์อักษรระบุถึงข้อขัดแย้งและข้อที่ขออนุมัติต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐที่เป็นหัวหน้าหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐที่เป็นหัวหน้าหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจะเป็นผู้พิจารณาอนุมัติการยกเว้นการบังคับใช้กฎข้อบังคับทั่วไปหรือขั้นตอนต่างๆ ได้ แต่การมอบอำนาจ ให้ทำการ ยกเว้นดังกล่าวไม่สามารถมอบหมายให้กับบุคคลที่มีระดับต่ำกว่าผู้ที่ เป็นหัวหน้าควบคุมกิจกรรมตามสัญญา *

¹² FAR 42.1204(c)

¹³ FAR 42.1204(b)

¹⁴ FAR 42.1204 (d)

* FAR 9.503 Waiver

ง. เอกสารที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่

เมื่อผู้รับจ้างขอให้รัฐทำการรับรองสิทธิของผู้รับประโยชน์¹⁵ ผู้รับจ้างต้องยื่นสัญญาแปลงหนี้จำนวน 3 ชุด ให้แก่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาและสำเนาของเอกสารดังต่อไปนี้อีกจำนวนละ 1 ชุด

1. เอกสารอธิบายธุรกรรมที่ได้เสนอ เช่น สัญญาซื้อขายหรือบันทึกข้อตกลง
2. รายละเอียดของสัญญาทั้งหมดระหว่างผู้โอนและรัฐ ณ วันที่ได้มีการขายหรือโอนซึ่งทรัพย์สินที่จะได้รับผลกระทบจากการแปลงหนี้ใหม่โดยต้องแสดงรายละเอียดของเลขที่สัญญาและประเภทของสัญญา ชื่อและที่อยู่ของสำนักงานแห่งคู่สัญญา ณ วันดังกล่าว รวมทั้งจำนวนเงินสกุลเหรียญดอลลาร์สหรัฐอเมริกาทั้งหมดซึ่งได้แก้ไขและจำนวนเงินคงเหลือโดยประมาณซึ่งยังมีได้ชำระ
3. หลักฐานแสดงความสามารถในการปฏิบัติงานของผู้รับโอน
4. ข้อมูลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจร้องขอ

จ. ผู้รับจ้างจะต้องยื่นเอกสารดังต่อไปนี้จำนวน 1 ชุด ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา

1. ต้นฉบับตราสารแสดงความสมบูรณ์ของการโอนทรัพย์สิน เช่น Bill of Sale หนังสือรับรองการควบรวมกิจการ สัญญา หนังสือตราสาร หรือ คำสั่งของศาล
2. สำเนาเอกสารรับรองมติคณะกรรมการของผู้โอนและผู้รับโอนที่อนุมัติการโอนทรัพย์สิน
3. สำเนาเอกสารรับรองรายงานการประชุมผู้ถือหุ้นของผู้โอนและผู้รับโอนที่อนุมัติการโอนทรัพย์สิน
4. ต้นฉบับหนังสือรับรองและข้อบังคับของผู้รับโอนหากบริษัทนั้น ๆ ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการรับเอาซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเพื่อการปฏิบัติงานตามสัญญาที่ทำกับรัฐ

The agency head or a designee may waive any general rule or procedure of this subpart by determining that its application in a particular situation would not be in the Government's interest. Any request for waiver must be in writing, shall set forth the extent of the conflict, and requires approval by the agency head or a designee. Agency heads shall not delegate waiver authority below the level of head of a contracting activity.

¹⁵ FAR 42.1204 (e)

5. ความเห็นของที่ปรึกษากฎหมายของผู้โอนและผู้รับโอน ซึ่งให้ความเห็นว่าการโอนดังกล่าวได้กระทำขึ้นอย่างเหมาะสมและถูกต้องภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับ และแสดงวันที่การโอนมีผลใช้บังคับ

6. งบดุลของผู้โอนและผู้รับโอนที่ได้ตรวจสอบโดยนักบัญชีอิสระ ณ ก่อนและหลังวันที่มีการโอนทรัพย์สิน

7. หลักฐานที่แสดงถึงการอนุมัติใดๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์

8. คำยินยอมของผู้ค้าประกันสำหรับสัญญาทั้งปวงที่ได้รับผลกระทบ

ฉ. หากรัฐได้มาซึ่งเอกสารใดในระหว่างเวลาขั้นตอนก่อนการรวบรวมกิจการ หรือก่อนการได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือประโยชน์ของรัฐได้ถูกปกป้องโดยวิธีการใด ๆ ที่เหมาะสมแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจจะเปลี่ยนแปลงรายการเอกสารซึ่งผู้รับจ้างจะต้องยื่นก็ได้¹⁶

หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องจัดส่งสัญญาให้แก่สำนักงานบริหารจัดการสัญญาที่ถูกกระทบ โดยสำนักงานต่างๆ นั้นต้องเสนอความเห็นหรือข้อโต้แย้งใด ๆ เกี่ยวกับการโอนดังกล่าวภายใน 30 วัน หลังจากได้มีการแจ้ง และเมื่อได้รับข้อมูลที่จำเป็นแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะทำการตัดสินใจว่าจะรับรองสิทธิของผู้รับโอนดังกล่าวหรือไม่

ข. การลงนามในสัญญาแปลงหนี้ใหม่และผลของการโอนสัญญา

เมื่อรัฐเห็นพ้องด้วยการโอนสัญญาแล้ว สัญญาแปลงหนี้จะต้องได้รับการลงนามโดยผู้เกี่ยวข้องทั้ง 3 ได้แก่ฝ่ายผู้รับจ้าง (ผู้โอน) ผู้รับโอนและฝ่ายรัฐ¹⁷

เมื่อได้ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่เรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาทุกฝ่ายมีภาระผูกพันตามสัญญา ดังนี้¹⁸

1. ให้สันนิษฐานว่าผู้รับโอนรับไปซึ่งภาระหน้าที่ทั้งปวงของผู้โอนภายใต้สัญญา

2. ผู้โอนสละสิทธิทั้งปวงที่มีต่อรัฐภายใต้สัญญา

3. ผู้โอนรับประกันการปฏิบัติงานตามสัญญาโดยผู้รับโอน

4. ไม่มีข้อกำหนดใดในสัญญาที่จะปลดผู้โอนหรือผู้รับโอนให้หลุดพ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายแห่งสหรัฐ (Federal Law)

¹⁶ FAR 42.1204 (g)

¹⁷ W.Noel Keyes, Supra Note 3.9, p.429.

¹⁸ FAR 42.1204 (h)

3.1.1.3 การให้สิทธิในการให้บริการสาธารณะ

เนื้อหาที่จะนำมาพิจารณาคือเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใบอนุญาตเพราะใบอนุญาตถือเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะออกให้กับเอกชนผู้เข้ามาดำเนินการให้บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นบริการที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐโดยตรง รัฐเป็นผู้ออกใบอนุญาต ดังนั้น การแก้ไขจึงอยู่ภายใต้การกำกับและเอกสิทธิ์ของรัฐหรือฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงใบอนุญาต จะมีรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้

เมื่อคณะกรรมการควบคุมออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอรับใบอนุญาตเรียบร้อยแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในใบอนุญาตจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ซึ่งย่อมแตกต่างกันไปตามประเภทของบริการสาธารณะ ดังนั้นในบทนี้จึงขอแนะนำเฉพาะกรณีการให้สิทธิในการผลิตไฟฟ้าพลังน้ำในระดับรัฐมาเป็นกรณีศึกษาเท่านั้น

สำหรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้าพลังน้ำที่ FERC ได้ออกให้แก่ผู้รับใบอนุญาตนั้น จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็ด้วยความตกลงร่วมกันระหว่างผู้รับใบอนุญาตและ FERC หลังจากที่ได้ประกาศให้ประชาชนทราบล่วงหน้า 30 วันแล้ว* การแก้ไขใบอนุญาตไม่สามารถดำเนินการโดย FERC หรือ ผู้รับใบอนุญาตฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้เพื่อความมั่นใจแก่ผู้รับใบอนุญาตและคุ้มครองโครงการที่ได้รับใบอนุญาต¹⁹ นอกจากนี้ FERC ยังให้ความคุ้มครองแก่โครงการที่ได้รับใบอนุญาตอยู่แล้วมิให้ต้องได้รับผลกระทบจากการที่บุคคลอื่นยื่นขอรับใบอนุญาตสำหรับโครงการใหม่ด้วย ดังปรากฏในกรณี Gas and Electric Department of the City of Holyoke, Mass., 23 F.E.R.C. Rep. (CCH) ¶ 61,172 at 61,372 (1983) ที่ FERC ได้ปฏิเสธที่จะออก Preliminary Permit สำหรับโครงการที่เสนอใหม่ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ เนื่องจากโครงการที่เสนอดังกล่าวส่งผลทำให้ต้องมีการแก้ไขโครงการที่ได้รับใบอนุญาตอยู่แล้ว (an existing project) ทั้งนี้วันแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้รับใบอนุญาตสำหรับโครงการที่ได้รับใบอนุญาตอยู่ก่อนแล้วนั้น ในการปฏิเสธที่จะออก Preliminary Permit ให้นั้น FERC ได้ให้เหตุผลว่า “มาตรา 6 ให้หลักประกันแก่ผู้รับใบอนุญาตว่า อำนาจต่าง ๆ ที่ให้ไว้แก่ผู้รับใบอนุญาตตามใบอนุญาตสำหรับงานโครงการจะไม่ถูกทำให้เสียหายโดยไม่เหมาะสมในระหว่างอายุใบอนุญาต”²⁰

แล้วมิให้ต้องมีการแก้ไขใบอนุญาตหรืองานโครงการที่ได้รับอนุญาต เนื่องด้วยมีการขอรับใบอนุญาตสำหรับโครงการที่เสนอใหม่

* Section 6 “...Licensesmay be alteredonly upon mutual agreement between the licensee and the Commission after thirty days’ public notice”

¹⁹ Thomas E. Mark, *Hydroelectric Power*, in *Energy Law and Transactions*, Vol. 2, Chapter 53, ed. David J. Muchow and William A. Mogel (United States of America : Matthew Bender & Company, Inc, 2000), pp. 53-98 - 53-99.

²⁰ Ibid., p. 53-99.

แต่อย่างไรก็ตาม หากการขออนุญาตนั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าจะไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการซึ่งได้รับอนุญาตอยู่แล้ว FERC มักไม่ปฏิเสธคำขอรับใบอนุญาตนั้น²¹ แต่ถ้าหากคำขอรับใบอนุญาตไม่สามารถแสดงได้อย่างชัดเจนว่าโครงการที่เสนอจะส่งผลให้ต้องแก้ไขโครงการที่มีอยู่แล้วหรือไม่ FERC อาจให้คำขอรับอนุญาตดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขของใบอนุญาตฉบับที่ออกให้แก่ผู้รับใบอนุญาตไปก่อนแล้ว

ในเบื้องต้น FERC ได้ตีความว่ามาตรา 6 จะใช้บังคับเฉพาะกับการแก้ไขในสาระสำคัญ (significant alterations) เท่านั้น ใน North Kern Water Storage District, 16 F.E.R.C. Rep. (CCH) ¶ 61,082 at 61,152 (1981) FERC ได้กล่าวว่า “การรื้อถอนโครงการที่อยู่เหนือน้ำโดยโครงการที่อยู่ใต้น้ำ แต่มิได้ส่งผลให้โครงการที่อยู่เหนือน้ำนั้น ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ไม่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขใบอนุญาตในสาระสำคัญ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับใบอนุญาตโครงการที่อยู่เหนือน้ำ”²² และในกรณีเดียวกันนี้ FERC ได้วินิจฉัยด้วยว่า “คณะกรรมการไม่มีอำนาจในการที่จะลิดรอนสิทธิของผู้รับใบอนุญาตซึ่งได้มาตามใบอนุญาต ถึงแม้ว่าเราจะคิดใช้ค่าเสียหายให้ก็ตาม”

ศาลไม่เห็นด้วยกับความเห็นของ FERC ที่ว่า มาตรา 6 ใช้บังคับเฉพาะการแก้ไขในสาระสำคัญต่อโครงการที่มีอยู่แล้วเท่านั้น มาตรา 6 กำหนดแต่เพียงว่า “ไม่อาจถูกแก้ไขหรือเวนคืน” โดยปราศจากความตกลงของผู้รับใบอนุญาตเท่านั้น ไม่ปรากฏคำจำกัดความของคำว่า “แก้ไข” ไร้อย่างไร แต่ศาลก็ยอมรับว่าการแก้ไขเพียงเล็กน้อย (de minimis alterations) ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากผู้รับใบอนุญาต ดังปรากฏในคดี Pacific Gas and Electric Co. v. FERC, 720 F.2d 78, 89-90 (D.C. Cir. 1983) ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า

“มาตรา 6 ก็เหมือน ๆ กับบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ต้องนึกถึงขีดจำกัดของความเข้าใจทั่วไปด้วย (common sense) เมื่อไม่มีการกำหนดข้อจำกัดไว้อย่างชัดเจน พวกเรามีความเห็นว่าการลดกำลังการผลิต 0.3% ไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขใบอนุญาต ที่ต้องห้ามตามมาตรา 6”

นอกจากบทบัญญัติตามกฎหมายแล้ว FERC เองก็ได้วางระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใบอนุญาตไว้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ หากผู้รับใบอนุญาตประสงค์ที่จะดำเนินการแก้ไขโครงการดังต่อไปนี้* ผู้รับใบอนุญาตจะต้องยื่นคำขอแก้ไขใบอนุญาต (Application for Amendment of License) จะกระทำโดยไม่แก้ไขใบอนุญาตมิได้ โดยไม่คำนึงว่าจะแก้ไขเล็กน้อยเพียงใด²³

²¹ Ibid.

²² Ibid., pp. 53-100 – 53-101.

* 18 C.F.R. 4.200

This part applies to any application for amendment of a license, if the applicant seeks to:

- 1) แก้ไขรูปลักษณะภายนอกของโครงการหรือบริเวณ หรือการเพิ่มเติม การทำให้ดีขึ้น การทำงาน หรือการปรับเปลี่ยนรูปแบบของโครงการ ซึ่งส่งผลให้ต้องแก้ไขใบอนุญาต
- 2) เปลี่ยนแผนผังโครงการตามใบอนุญาต
- 3) ขยายระยะเวลาเริ่มทำงานหรือระยะเวลาที่ต้องทำงานให้แล้วเสร็จตามที่ได้กำหนดไว้ในใบอนุญาต

ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าการขอแก้ไขนั้นก่อให้เกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญต่อใบอนุญาต ต้องประกาศคำขอแก้ไขใบอนุญาตให้ประชาชนทราบไม่น้อยกว่า 30 วัน จึงจะเริ่มดำเนินการพิจารณาคำขอแก้ไขใบอนุญาตนั้น²⁴ และหากการแก้ไขใบอนุญาตนั้นเป็นการขอขยายระยะเวลาเริ่มทำงานหรือระยะเวลาที่ต้องทำงานให้แล้วเสร็จตามที่ได้กำหนดไว้ในใบอนุญาต ผู้รับใบอนุญาตต้องยื่นคำขอแก้ไขใบอนุญาตต่อ FERC ไม่น้อยกว่า 3 เดือนก่อนครบกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ดังกล่าว²⁵

การดำเนินการแก้ไขใบอนุญาตนั้นจะมีลักษณะคล้ายกับการขอรับใบอนุญาตเลยทีเดียว ผู้รับใบอนุญาตจึงต้องยื่นเอกสารประกอบต่าง ๆ เช่นเดียวกับในขั้นตอนของการขอรับใบอนุญาต ทั้งนี้เนื่องจาก FERC ถือว่าการขอแก้ไขใบอนุญาตก็คือการขอรับใบอนุญาตใหม่สำหรับส่วนที่แก้ไขนั้น ดังที่ปรากฏใน *Fieldcrest Mills, Inc.*, 37 F.E.R.C. Rep. (CCH) ¶ 61,264 (Dec. 19, 1986) ซึ่ง FERC ได้ถือว่า “ถึงแม้ว่าจะเรียกว่าการแก้ไข แต่เนื่องจากเป็นการอนุญาตใหม่หรือแรกเริ่มสำหรับหน่วยกำลังการผลิตที่เพิ่มขึ้น (the additional generating units) ภายใต้ความหมายของมาตรา 4 แห่ง Federal Power Act” หรือในคดี *Montana Power Co. v. FPC*, 298 F.2d 335 (D.C. Cir. 1962) ซึ่งศาลอุทธรณ์แห่ง District of Columbia Circuit ได้วินิจฉัยว่า “ถึงแม้ว่าจะเรียกว่า แก้ไขเพิ่มเติม แต่ก็เป็นใบอนุญาตใหม่และแรกเริ่มสำหรับหน่วยที่สาม (the third unit) ภายใต้ความหมายของมาตรา 4 (e)” ซึ่งผู้รับใบอนุญาตอาจดำเนินการการขอแก้ไขใบอนุญาตโดยใช้วิธีขอรับใบอนุญาตแบบดั้งเดิม (Traditional Licensing Process) หรือ วิธีขอรับใบอนุญาตที่เป็นทางเลือก (Alternative Licensing Process) ก็ได้²⁶

(a) Make a change in the physical features of the project or its boundary, or make an addition, betterment, abandonment, or conversion, of such character as to constitute an alteration of the license;

(b) Make a change in the plans for the project under license; or

(c) Extend the time fixed on the license for commencement or completion of project works

²³ Thomas E. Mark., op.cit., footnote 37, p. 53-46.

²⁴ 18 C.F.R. 4.202 (a)

²⁵ 18 C.F.R. 4.202 (b)

²⁶ Federal Energy Regulatory Commission, *Hydroelectric Project Handbook for Filings other than Licenses and Exemptions*. (April 2001), p. 1-2.

หากใช้วิธีขอรับใบอนุญาตแบบดั้งเดิม FERC จะทำการกำหนดขอบเขต (scoping) หลังจากที่ได้รับคำขอแก้ไขใบอนุญาตที่ได้ยื่นต่อ FERC แล้ว แต่หากใช้วิธีขอรับใบอนุญาตที่เป็นทางเลือก ผู้ยื่นคำขอสามารถกำหนดขอบเขตในระหว่างหรือก่อนที่ยื่นคำขอต่อ FERC ก็ได้

สรุป สัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีข้อกำหนดเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา โดยหน่วยงานของรัฐกำหนดเอาไว้ในสัญญาเสมอ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองถึงแม้จะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ทำได้ แต่การระบุเป็นข้อกำหนดเอาไว้ก็เปรียบเสมือนว่าเป็นการดำเนินการตามเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งได้รับความยินยอมแล้วจากคู่สัญญาภาคเอกชนนั่นเอง อย่างไรก็ตามมีหลักการจากแนวคำพิพากษาที่สำคัญสำหรับสัญญาของฝ่ายปกครองของอเมริกา คือ ในกรณีที่ข้อตกลงมาตรฐานใดที่จะต้องกำหนดไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่เจ้าหน้าที่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะด้วยเพราะเหตุใด จะต้องถือเสมือนว่า ข้อกำหนดต่างๆ ดังกล่าวนั้น ได้ระบุอยู่ในสัญญา

3.1.2 กระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทย

เนื้อหาที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยคือ กระบวนการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่ในเบื้องต้นนั้นอังกฤษเป็นที่ยอมรับว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมาย Common Law มีพัฒนาการที่ยาวนานจนทำให้มีลักษณะเฉพาะตัว เช่น อังกฤษเป็นประเทศเดียวที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) ซึ่งหมายถึงหลักการปกครองต่างๆ ไม่ได้อยู่รวมกันเป็นรัฐธรรมนูญเฉพาะแต่กระจายอยู่ตามกฎหมายต่างๆ และคำพิพากษา รวมทั้งธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบทอดกันมาจนเป็นจารีตประเพณี สามารถเปลี่ยนแปลงได้เสมือนเป็นสิ่งมีชีวิต รัฐธรรมนูญของอังกฤษจึงมีเอกลักษณ์เฉพาะตนและส่งผลหรือมีนัยสำคัญต่อระบบกฎหมายอังกฤษทั้งระบบ รวมทั้งกฎหมายปกครองและสัญญาของฝ่ายปกครองด้วย ทั้งนี้กระบวนการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาของฝ่ายปกครองมีรายละเอียด ดังนี้

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองจะอยู่ภายใต้หลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

หลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครอง

ในระบบกฎหมายอังกฤษ กระทรวงการคลังแต่งตั้งคณะกรรมการ Procurement Policy Committee โดยมีผู้ช่วยรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง (Deputy Secretary) เป็นประธานขึ้นในเดือน พฤษภาคม ค.ศ. 1963 โดยมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักการว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง (principles of contracting) ตลอดจนควบคุมดูแลการจัดซื้อจัดจ้างในทางปฏิบัติ (practices in

procurement) ซึ่งต่อมาได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่กำหนดแบบฟอร์ม (forms of contract) และข้อความสัญญา หลักของฝ่ายปกครอง การนำรูปแบบต่างๆ (types of contract) มาใช้แก่กรณีวิธีการเข้าทำสัญญา (methods of contracting) การออกคำสั่งควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา การให้เปลี่ยนสาระในสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว การขยายระยะเวลาตามสัญญาฝ่ายเดียว การบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปแม้จะเป็นภาระเพิ่มขึ้น และการยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว (“Break Clause”)* วิธีการคำนวณผลกำไรสำหรับสัญญาของฝ่ายปกครองไม่มีการแข่งขันอย่างเปิดเผย (profit formula for non-competitive contracts) ภาระผูกพันในการปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบต่างๆ โดยเอกชน คู่สัญญา การตรวจสอบบัญชีและการเงินโดยฝ่ายปกครอง (Audit and the National Audit Office)** ซึ่งเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ จะมีการระบุไว้ในแบบสัญญาที่ทางราชการจัดทำขึ้น²⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการนำข้อความคิดของหลักการของสัญญาในทางกฎหมายแฟงมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองในเรื่องทำนองเดียวกันกับสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองโดยเฉพาะ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

3.1.2.1 หลักความเสมอภาค

หลักการว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง (principles of contracting) ในระบบกฎหมายอังกฤษได้วิวัฒนาการมาเป็นลำดับโดยองค์กรภาครัฐหรือคณะกรรมการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงการคลัง (Treasury), Public Accounts Committee, Estimates Committee, Contracts Co-ordinating Committee และ Procurement Policy Committee เป็นต้น ซึ่งต่อมาหลักการต่างๆ ในการเข้าทำสัญญาดังกล่าวได้มีการนำมาประมวลหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการต่างๆ เข้าด้วยกันเพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และแม้จะมีใช้ตราสารรองรับพระราชบัญญัติ (statutory instrument) หรือกฎกระทรวง (order) ที่มีผลบังคับใช้ดังเช่นกฎหมายและคัมภีร์สถานะเพียงเป็น ระเบียบของหน่วยงาน (regulation) หรือแนวทาง (scheme) ก็ตาม แต่หลักการต่างๆ ดังกล่าวก็มีผลผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองจะต้องปฏิบัติ

* H3 Break Clause

The Client shall have the right to terminate the Contract, or to terminate the provision of any part of the Contract at any time by giving three Month's written notice to the Contractor. The Client may extend the period of notice at any time before it expires.

** E9 Audit and the National Audit Office

The Contractor shall keep and maintain until (six years) after the Contract has been completed, or as long as a period as may be agreed between the Parties, full and accurate records of the Contract including the Goods provided under it, all expenditure reimbursed by the Client, and all payments made by the Client. The Contractor shall on request afford the Client or the Client's representatives such access to those records as may be required by the Client in connection with the Contract.

²⁷ Collin Turpin, Supra note 14, pp. 86-87.

ตาม ซึ่งหน่วยงานที่มีหน้าที่โดยตรงในการควบคุมตรวจสอบหน่วยงานทางปกครองให้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการต่างๆ ดังกล่าวได้แก่ Comptroller and Auditor General และในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาหรือผู้มีส่วนได้เสียในการเข้าทำสัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่าง ๆ ที่กำหนดในหลักการต่างๆ ดังกล่าวแล้ว เอกชนคู่สัญญาหรือผู้มีส่วนได้เสียนั้น ก็อาจที่จะยื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนหลักการต่างๆ ดังกล่าวนั้นได้²⁸

หลักความเสมอภาคสำคัญ 2 เรื่องที่ปรากฏในเรื่องของสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษ ได้แก่

ก. สิทธิในการได้รับและรับรู้ข้อมูลข่าวสาร

การรับรู้ข่าวสารที่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคจะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐโปร่งใสและใช้เงินงบประมาณอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้การรับรู้ของมูลข่าวสารจะต้องครบถ้วนทุกขั้นตอนตั้งแต่ต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำ จนกระทั่งได้คู่สัญญาของรัฐ ทั้งนี้สิทธิในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารมีสาระสำคัญ 2 ประการคือ

ก.1 การแจ้งข้อมูลเพื่อจัดหาเอกชนคู่สัญญา

แม้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีสิทธิเข้าทำสัญญากับเอกชนคู่สัญญาในนามของรัฐได้โดยตรงก็ตาม แต่ก็ทำได้เพียงเฉพาะในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินไม่เกินกว่า 250 ปอนด์ แต่หากเป็นโครงการที่มีวงเงินระหว่าง 250 ปอนด์ – 10,000 ปอนด์ แล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องจัดให้มีการเสนอราคาโดยเอกชนคู่สัญญาไม่น้อยกว่า 3 ราย และหากเป็นโครงการที่มีวงเงินเกินกว่า 10,000 ปอนด์ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องจัดทำแบบเชิญชวนประกวดราคาอย่างเป็นทางการ ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากการเข้าสู่พันธะกรณีใน EC และ WTO ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีวงเงินตามที่กำหนดไว้โดยองค์การดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้นั้นๆ ด้วย* เช่น การโฆษณาประชาสัมพันธ์ใน Daily Supplement ของ the Official Journal of the European Commission (OJEC) หรือการจัดทำประกาศแจ้งความล่วงหน้าประจำปี (an annual Prior Information Notice) สำหรับปีต่อไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เอกชนคู่สัญญาเป้าหมายทั้งหลายได้รับแจ้งล่วงหน้าถึงโครงการจัดซื้อจัดจ้างต่างๆ กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต (ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นโครงการที่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาในการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินแล้ว) เพื่อให้เอกชนคู่สัญญาทั้งหลายได้มีโอกาสเตรียมตัวที่จะ

²⁸ Collin Turpin, Supra note 14, pp. 84-87, 93, 95.

* หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในส่วนนี้จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดเป็นครั้งคราว และจะมีการแก้ไขปรับปรุงในภาพรวมทั้งหมดทุกๆ 2 ปี และจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคมของทุกๆ 2 ปี เป็นต้นไป อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการดังกล่าวก็ใช้บังคับเฉพาะโครงการที่กำหนดและในวงเงินที่กำหนดด้วยเท่านั้น.

เสนอตนเข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครองต่อไป (ผลทางอ้อมจะตกแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะได้รับค่า
เสนอจากทุกหน่วยงานภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้นและมีโอกาสที่จะคัดสรรเอกชน
คู่สัญญาที่ดีที่สุดสำหรับงบประมาณแผ่นดินที่จะต้องใช้จ่ายไปนั้น) เป็นต้น²⁹

ก.2 การแจ้งหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการจัดทำโครงการต่อเอกชน

ในโครงการโดยทั่วไป ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งถึงหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและ
วิธีการในการประเมินและพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการ
ที่เอกชนคู่สัญญาแต่ละรายจะได้มีโอกาสที่จะเตรียมตัวและจัดหาข้อมูลตลอดจนแหล่งสนับสนุนทาง
การค้ำและการเงินให้พร้อมก่อนที่จะยื่นคำเสนอต่อฝ่ายปกครอง ยิ่งไปกว่านั้นหากไม่มีข้อกำหนดห้ามมิให้
เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเข้ามาเกี่ยวข้องแล้ว ฝ่ายปกครองก็ต้องให้เหตุผลที่สามารถอธิบายได้ถึงสาเหตุที่
ฝ่ายปกครองไม่พิจารณาเลือกหน่วยงานของเอกชนดังกล่าวให้เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์
หลักในการให้เอกชนที่ประสงค์จะเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองทราบถึงข้อบกพร่องที่ตนมีอยู่และ
สามารถที่จะปรับปรุงคุณสมบัติของตนให้ตรงกับความต้องการของฝ่ายปกครองซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่าย
ปกครองทางอ้อมต่อไปในอนาคตด้วย

ข. สัญญามาตรฐาน

สัญญามาตรฐานเป็นอีกมาตรการหนึ่งที่เกิดความเสมอภาคต่อเอกชน
คู่สัญญา แม้ว่าจะเป็นการกำหนดขึ้นโดยรัฐเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม เพราะรัฐเป็นผู้ดูแลประโยชน์
สาธารณะ มาตรฐานที่รัฐกำหนดก็เพื่อให้สัญญาเกิดความเป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญาทุกรายที่เข้ามาร่วม
รับผิดชอบในการให้บริการสาธารณะกับรัฐโดยผ่านสัญญาของฝ่ายปกครอง

ข.1 ประเภทของสัญญาที่มีแบบมาตรฐาน

ในทำนองเดียวกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายอื่นๆ ฝ่าย
ปกครองของอังกฤษจะใช้สัญญาที่มีรูปแบบมาตรฐาน (standardized conditions of contract) ที่มี
เงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ล่วงหน้ากับเอกชนคู่สัญญาเป็นหลัก โดยในปี ค.ศ.1972 มี
แบบสัญญามาตรฐานที่กำหนดขึ้นเพื่อนำไปใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ได้แก่ สัญญาจัดซื้อ
(GC/Stores/1) สัญญาก่อสร้างและงานวิศวกรรม (CCC/wks/1) ต่อมา ได้มีการปรับปรุงรูปแบบของ
สัญญาโดยกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดที่เป็นแบบฟอร์ม เช่น “ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาของ
รัฐบาลเพื่อการจัดซื้อสินค้า” ในปี ค.ศ.1979³⁰ และ “เงื่อนไขทั่วไปของสัญญาของรัฐบาลสำหรับงาน

²⁹ Department of Trade and Industry, 2002 อ้างถึงใน ขวลิขิต เศรษฐศาสตร์ หน้า 136.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

ก่อสร้างและงานวิศวกรรมโยธา” ในปี ค.ศ.1998³¹ ซึ่งได้มีการนำมาใช้โดยกระทรวงต่างๆ ของรัฐบาล เพื่อให้มีความเป็นหนึ่งเดียวกันทางด้านสัญญาสำหรับการจัดซื้อและงานก่อสร้างทั่วไป และเมื่อเดือน มีนาคม ค.ศ.2005 ได้มีการจัดทำแบบสัญญามาตรฐานสำหรับการจัด (Model Terms and Conditions of Contract for goods) และแบบสัญญามาตรฐานสำหรับการจัดจ้าง (Model Terms and Conditions of Contract for Services) ขึ้นมาใหม่อีกครั้งเพื่อให้เนื้อหาครอบคลุมไปถึงการจัดซื้อและจัดจ้างในบางเรื่อง โดยมี Office of Government Commerce หน่วยงานที่รับผิดชอบในการเผยแพร่รูปแบบดังกล่าวแก่ หน่วยงานของรัฐต่างๆ³²

ข.2 วัตถุประสงค์ของการใช้รูปแบบสัญญามาตรฐาน

ในหลักการทางแพ่งแล้ว อาจถือว่า เอกชนคู่สัญญาไม่ได้รับความเป็นธรรม ในการเข้าทำสัญญาที่กำหนดขึ้นโดยคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว แต่หากพิจารณาในแง่ของประโยชน์มหาชน หรือประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็จะได้เห็นว่า สัญญาดังกล่าวไม่ได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคล หนึ่งหรือเอกชนที่มีอำนาจเหนือกว่าในทางเศรษฐกิจเป็นการเฉพาะ ในทำนองเดียวกันการใช้รูปแบบ สัญญามาตรฐานก็เพื่อวัตถุประสงค์หลายประการคือ เพื่อป้องกันการทุจริตต่อหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในฝ่าย ปกครอง เป็นการเปิดโอกาสในเอกชนคู่สัญญาได้มีโอกาสรับทราบถึงสิทธิหน้าที่ และภาระผูกพันที่ตน จะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานภาครัฐในการที่จะเสนอเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง ก่อนที่จะยื่นคำเสนอต่อฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน โดยมีได้มุ่งที่จะเอาใจเอาเปรียบเอกชนคู่สัญญาในการเข้า ทำสัญญากับฝ่ายปกครอง หากแต่หลักการสำคัญในการสร้างแบบสัญญามาตรฐานได้แก่การมุ่งเน้นที่จะ ปกป้องประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่เดียวกันก็มุ่งที่จะให้เกิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (Fair Treatment) ในระหว่างเอกชนคู่สัญญาด้วยกัน³³

3.1.2.2 หลักความต่อเนื่อง

ในระบบกฎหมายอังกฤษ หลักความต่อเนื่องของประโยชน์สาธารณะหรือ ประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสิ่งปรากฏในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองและ เอกชนคู่สัญญาต่างมีหน้าที่ของตนในการที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างต่อเนื่องจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุด ลง เว้นแต่จะมีการบอกเลิกสัญญาต่อกัน ไม่ว่าจะมิใช่ข้อขัดข้องประการใด หากยังคงสามารถปฏิบัติตาม สัญญาได้โดยไม่ใช่เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) โดยเอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับการเยียวยาแก้ไขใน

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

³² Office of Government Commerce, “New Model Terms and Cconditions of Contract: I) General Goods and Services (Non-IT) , II) IT Contracts.”, 2005 < http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new_content/decisionmap/tcintro.html > (31 March 2005).

³³ Colin Turpin, Supra note 14, pp. 105-106.

ภายหลังหากตนได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติตามสัญญา เช่น สัญญาของฝ่ายปกครองจะกำหนด บังคับให้เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป โดยไม่หยุดลงชั่วคราว (suspended) หรือ เป็นการถาวร (ceased) หรือทำให้เกิดความล่าช้า (delayed) ก็ตาม แม้ว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และไม่ว่า ข้อพิพาทนั้นจะอยู่ในชั้นของการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน หรือการไกล่เกลี่ยโดย บุคคลภายนอก หรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ตาม

3.1.2.3 หลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียว (Variations Clause)³⁴

การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษจะมีการกำหนด เป็นเงื่อนไขไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครอง (Contractual Conditions) ซึ่งให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่าย ปกครองที่จะสั่งให้มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งหมายรวมถึงการขยายระยะเวลาใน การปฏิบัติตามสัญญาด้วยโดยข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาเดิมจะนำไปปรับใช้กับระยะเวลาที่ขยาย ออกไปนั้น อย่างไรก็ตาม การขยายระยะเวลาจะมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนไว้ เช่น ไม่เกิน 1 ปี นับแต่วัน สิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาเดิม³⁵ เพื่อให้เอกชนคู่สัญญาจะได้ทราบถึงความแน่นอนการภาระผูกพันที่ตนมี อยู่ตามสัญญาดังกล่าว นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังได้กำหนดข้อตกลงดังกล่าวเอาไว้ในแบบสัญญา มาตรฐาน (standard forms of contract) ประเภทต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้กับเอกชน คู่สัญญาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่างๆ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยข้อตกลงในสัญญาซึ่งหากมิได้ ระบุไว้โดยชัดแจ้ง ฝ่ายปกครองก็จะมีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงใดๆ เพียงฝ่ายเดียวได้³⁶

ก. ขอบเขตของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว

แม้ข้อกำหนดในสัญญาของฝ่ายปกครองจะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการ ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียวก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถ แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ในทุกๆ เรื่อง หากแต่กระทำได้เฉพาะในขอบเขตของเรื่องที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น เท่านั้น เช่น สัญญาซื้อขายหรือสัญญาจัดซื้อ (Form GC/Stores/1) ให้สิทธิแก่หน่วยงานของฝ่ายปกครองที่ จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเกี่ยวกับรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications) แบบแผน (Plans) แผนผัง (Drawings) แบบ (Patterns) ตัวอย่าง (Samples) และอื่นๆ ของสินค้าที่กำหนดไว้ใน สัญญาได้โดยฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดวันเริ่มต้นที่เอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ฝ่าย

³⁴ ข้อ 12.4 ของแบบข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาจัดซื้อและสัญญาจัดจ้าง (Terms and Conditions of Contracts for Goods and Service).

³⁵ Office of Government Commerce, Supra note 55.

³⁶ Colin Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume II

Contract in General, Chapter 4 Public Contract, Von Mehren, chief editor (Hague, Nihoff, 1982), pp.39, 67-68.

ปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้น หรือในกรณีของสัญญางานก่อสร้างและแบบวิศวกรรม (แบบ CCC/wks/1) ฝ่ายปกครองแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาได้รวมตลอดถึงรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications) รายการแสดงปริมาณและราคา (Bills of Quantities) และ แผนผัง (Drawings) แบบ (Designs) คุณภาพ (Quality) หรือปริมาณ (Quantity) ของงานที่กำหนดอยู่ในสัญญา และหมายความรวมถึงงานพิเศษที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Modified extra works) หรืองานเพิ่ม (Additional Works) และภาระหน้าที่ทั้งหลาย (Obligations) ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วย รวมทั้งในส่วนของการสั่งให้เพิ่ม (addition) หรือดเว้น (Omission) หรือให้มีการทำทดแทน (substitution) เกี่ยวกับงานใด ๆ³⁷

ข. การเยียวยาความเสียหายของเอกชนคู่สัญญาจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวโดยรัฐ (Variations Clauses)

การกำหนดมาตรการในการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายของเอกชนคู่สัญญาจากการที่ฝ่ายปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวได้รับการรับรองไว้ในข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Clause) ของฝ่ายปกครองซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายหรือที่เรียกว่า “การทบทวนมูลค่าตามสัญญา” (Revision of Contract Price) ซึ่งในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นจะยึดถือหลักการสำคัญในการกำหนดราคาที่จะต้องเป็นราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล (Fair and Reasonable Price) กล่าวคือ ราคาดังกล่าวจะต้องสมเหตุสมผลที่ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ในขณะเดียวกันก็ต้องเป็นราคาที่เป็นธรรมต่อเอกชนคู่สัญญา ดังนั้น ในการพิจารณาจำนวนค่าเสียหายหรือเงินชดเชยที่จะให้แก่เอกชนคู่สัญญาจึงมีฐานในการคำนวณจากราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล (Fair and Reasonable Price) ตัวอย่างเช่น ในสัญญาจัดซื้อ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องจ่ายเงินเพิ่ม (Additional Sum) ให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อตอบแทนการทำงานพิเศษ (Extra Work) ที่ฝ่ายปกครองได้สั่งให้จัดทำเพิ่มเติมดังกล่าว นั้น ซึ่งจะต้องคิดตามอัตราสุทธิหรือราคา (Net rates or price) ที่ได้กำหนดเอาไว้ในเอกสารแสดงปริมาณและราคา (Bills of Quantities) หรือที่จะอนุมานได้จากเอกสารดังกล่าว นั้น มิฉะนั้น ก็จะคิดตามอัตราสุทธิหรือราคาที่จะตกลงกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และหากตกลงกันไม่ได้ ก็จะมีการกำหนดอัตราหรือราคาโดยอิงอยู่กับมูลค่าของวัสดุที่ใช้หรืออัตราของค่าแรงรายวันตามที่กำหนดไว้ในเอกสารแสดงปริมาณและราคาตามสัญญาจัดซื้อดังกล่าว³⁸

³⁷ Colin Turpin, Supra note 14, pp. 202-203.

³⁸ Colin Turpin, Supra note 14, pp.166, 181.

3.1.2.4 หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (“Break” Clause)

นอกเหนือจากการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียวแล้ว เอกชนคู่สัญญายังตกลงที่จะยอมให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือตนในเรื่องของการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ด้วย โดยข้อตกลงดังกล่าวได้ถูกกำหนดขึ้นโดยฝ่ายปกครองในสัญญามาตรฐานเรื่อง “การเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวเพื่อความสะดวก” (“Break Clause”)³⁹ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวได้ให้สิทธิฝ่ายปกครองในการที่จะบอกเลิกสัญญาทั้งหมดได้ทันที รวมทั้งการบอกเลิกข้อกำหนดส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา ณ เวลาใดเวลาหนึ่งได้โดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือล่วงหน้าไปยังคู่สัญญาชั่วระยะเวลาหนึ่ง⁴⁰ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองตกลงที่จะชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา เช่น การชดเชยค่าวัสดุอุปกรณ์ที่ยังไม่ได้มีการใช้งานตามสัญญาและคงเหลืออยู่ ค่าใช้จ่ายที่แน่นอนมีเหตุมีผลและตามสมควรซึ่งเกิดขึ้นจากการบอกเลิกดังกล่าว เช่น ค่าว่าจ้างให้แก่ผู้รับเหมาช่วง หรือการเลิกจ้างลูกจ้างของตน แต่จะไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายในการขาดกำไรจากการดำเนินการ (loss of profits) เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา⁴¹

3.1.2.5 หลักการได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม (Ex Gratia Payment)

ในระบบกฎหมายอังกฤษ เอกชนคู่สัญญาอาจจะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางการบริหาร (remedy in administrative action) แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่มีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายหรือตามสัญญาก็ตาม โดยฝ่ายปกครองอาจชดเชยเป็นเงินช่วยเหลือพิเศษ (Ex Gratia Payment) ซึ่งมีการชำระให้แก่เอกชนคู่สัญญาบนพื้นฐานของหลักความยุติธรรม (on the ground of equity) โดยปกติ การชำระเงินในลักษณะดังกล่าวจะเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นสัญญาที่มีการกำหนดราคา (fixed price contract) ในกรณีที่มีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ (unforeseen circumstances) ได้เกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อต้นทุนทางการเงินและทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับผลขาดทุนจากการดำเนินการดังกล่าว (suffer a loss) โดยกระทรวงการคลังจะเป็นผู้รับผิดชอบดูแลโดยทั่วไป และมีการมอบหมายให้หน่วยงานต่างๆ ของรัฐสามารถจ่ายเงินช่วยเหลือพิเศษได้ภายใต้กฎเกณฑ์และวิธีการที่จำกัดและแตกต่างกันไปในแต่ละหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐบาล (government action) หรือจากสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ ฝ่ายปกครองจะพิจารณาชดเชยเงินช่วยเหลือ (Ex Gratia relief) ให้แก่เอกชนคู่สัญญาเป็นกรณีๆ ไป ตัวอย่างเช่น ฝ่ายปกครองในฐานะที่ได้ว่าจ้างให้เอกชนคู่สัญญาก่อสร้างสิ่ง

³⁹ Office of Government Commerce. “New Model Terms and Conditions of Contract : General Goods and Services.” อ้างถึงใน ขวลิขิต เศรษฐศาสตร์, 2547 : 140.

⁴⁰ HM Treasury. “Standardization of PFI Contracts Version3-April 2004.” อ้างถึงใน ขวลิขิต เศรษฐศาสตร์, 2547 : 140.

⁴¹ Colin Turpin, Supra note 14, p. 242.

ปลูกสร้าง ต่อมารัฐบาลได้ตราพระราชบัญญัติ Selective Employment Tax ในปี ค.ศ.1966 โดยผลของการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เอกชนคู่สัญญาที่มีภาระเพิ่มขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา และฝ่ายปกครองได้เยียวยาขาดเสียเป็นเงินช่วยเหลือประมาณร้อยละ 90 ของต้นทุนทางการเงินที่เพิ่มขึ้นในสัญญาที่มีอยู่อันเป็นผลเนื่องมาจากการชำระเงินตามพระราชบัญญัติ Selective Employment Tax 1966 ในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานในสถานที่ก่อสร้าง (site labor) ปัจจุบัน ฝ่ายปกครองได้นำบทบัญญัติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย (Change of Law) ไปบัญญัติไว้ในข้อกำหนดในสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครองด้วย⁴²

3.1.2.6 หลักการเพื่อสังคม

การนำหลักการเพื่อสังคมหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องในการเข้าทำสัญญา (ซึ่งจะไม่อาจพบได้ในสัญญาของภาคเอกชนด้วยกัน) ตัวอย่างเช่น การปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน การกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ การใช้สิ่งของที่เป็นผลิตภัณฑ์ในประเทศ การกำหนดในค่าเชิญชวนเข้าประกวดราคาในบางโครงการที่จะต้องไปตามนโยบายอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม⁴³ (Environment Policy) หรือที่เรียกกันในทางปฏิบัติว่า “โครงการสีเขียว” (the “Green” Policy Objective) ข้อกำหนดเช่นนั้นได้แก่การยืนยันในคำเสนอของเอกชนคู่สัญญาว่าสินค้าหรือบริการที่นำเสนอจะไม่ใช่การทำลายสิ่งแวดล้อม เช่น การในจัดซื้อสินค้าที่ทำขึ้นจากไม้จะต้องมีเอกสารยืนยันแหล่งที่มาของวัตถุดิบและการได้รับอนุญาตให้ตัดไม้จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตัดฟันและทำไม้แปรรูปตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมซึ่งจะเป็นการรักษาสภาพแวดล้อมและป้องกันปัญหาสิ่งแวดล้อมที่อาจจะเกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะได้ในระดับหนึ่ง เป็นต้น*

สรุป จากการวิเคราะห์หลักการของสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษข้างต้นได้ความว่า แม้ว่าจะไม่มีหลักกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะที่ให้อำนาจพิเศษบางประการแตกต่างไปจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในระบบกฎหมายอังกฤษ แต่ก็มีหลักการสัญญาของฝ่ายปกครองในเรื่องอำนาจพิเศษบางประการของรัฐนั้นมาใช้ในสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษด้วยโดยการนำหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในทางแพ่งมาใช้ กล่าวคือ รัฐจะต้องระบุหลักสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองด้วย

⁴² Colin Turpin, Supra note 14, pp.56-58, 195-196, 243-244.

⁴³ Department of Trade and Industry, “A Guide for Suppliers”, September 2002. อ้างถึงใน ขวลิขิต เสวตสุต, 2547 : 142.

* อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวจะไม่ปรากฏในโครงการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่จะต้องปฏิบัติตามระเบียบของ European Commission ซึ่งจะต้องพิจารณาในแง่ของราคา และหลักความเสมอภาคขององค์ระหว่างประเทศที่ประสงค์จะเข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐเป็นหลัก.

3.2 กระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองในกลุ่มประเทศ Civil Law

ประเทศกลุ่ม Civil Law นั้นมีพื้นฐานของระบบกฎหมายหรือที่มาของระบบกฎหมายอยู่ที่ประมวลกฎหมายหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม ศาลซึ่งเป็นองค์กรหลักของกระบวนการยุติธรรมทุกประเภทรวมทั้งความยุติธรรมทางปกครองก็มีส่วนสำคัญไม่แพ้กันในการสร้างหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในส่วนนี้จะทำการศึกษาถึงหลักกฎหมายปกครองโดยเฉพาะเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศในกลุ่ม Civil Law ที่สำคัญที่สุดก็ว่าได้ 2 ประเทศคือ ฝรั่งเศสและเยอรมัน

3.2.1 กระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การศึกษาจะใช้กรอบเช่นเดียวกับประเทศในกลุ่ม Common Law โดยมีรายละเอียดที่ทำการศึกษาดังนี้

การแก้ไขสัญญาทางปกครองจะเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งในเรื่องผลของสัญญา ซึ่งการแก้ไขสัญญาทางปกครองจะแบ่งเป็น 2 กรณีคือ การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาซึ่งเป็นกรณีเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งทั่วไป และเป็นประเด็นที่อยู่ในหัวข้อสัญญาเป็นกฎหมายของคู่สัญญากับอีกกรณีหนึ่งซึ่งถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอย่างแท้จริงคืออำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกสิทธิ์นี้รวมถึงเรื่องการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวด้วย ซึ่งจะได้พิจารณาเป็นลำดับไปดังนี้

3.2.1.1 ผลของสัญญา

เมื่อเกิดสัญญาขึ้น สัญญาจะเป็นข้อผูกพันให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น สัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนอยู่ในบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เป็นอำนาจพิเศษฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (prerogative de la puissance publique) เช่น การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวได้ เป็นต้น ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาถึงสถานะของสัญญาว่ามีความผูกพันเช่นใดกับคู่สัญญาเป็นเรื่องแรก จากนั้นก็จะทำการศึกษาต่อไปถึงอำนาจของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเลิกและการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

ก. สัญญาเป็นกฎหมายของคู่สัญญา เช่นเดียวกับกฎหมาย สัญญามีผลผูกพัน แต่สัญญาจะแตกต่างจากกฎหมายก็ตรงที่สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาและภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นตั้งแต่ต้นตอนทำสัญญาที่จะต้องกำหนดลงไปให้ชัดเจนว่า สัญญามีวัตถุประสงค์หรือข้อผูกพันอย่างไร ระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหากมีความเห็นไม่ตรงกัน ก็เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะแปลความหมายหรือตีความ (interpretation) สัญญานั้น แต่ถ้าหากเป็นคดีเข้าสู่การ

พิจารณาของศาลปกครอง ผู้พิพากษาศาลปกครองจะเป็นผู้เดียวที่มีอำนาจในการตีความสัญญาทางปกครอง

ก.1 การตีความสัญญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความสัญญาทางปกครองนั้น ข้ออ้างอิงพื้นฐานที่นำมาประกอบการพิจารณาตีความสัญญาจะอยู่ที่เจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญา

ก.2 ขอบเขตของการบังคับใช้สัญญา ในขณะที่กฎหมายมีขึ้นเพื่อใช้บังคับบุคคลทั่วไปไม่ได้จำกัดเฉพาะเจาะจงที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะและส่วนใหญ่กฎหมายมีขึ้นเพื่อใช้บังคับโดยไม่จำกัดระยะเวลา สัญญาทางปกครองมีขึ้นเพื่อใช้บังคับอย่างจำกัดไม่ว่าจะเป็นสถานที่ตัวบุคคลหรือระยะเวลา

ก.3 การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญา ในระหว่างดำเนินการตามสัญญา คู่สัญญาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้โดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หลักอยู่ที่ว่าการแก้ไขสัญญาเป็นเสรีภาพของคู่สัญญาแม้สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาที่เกิดจากวิธีประกวดราคา (adjudication) ก็ตาม การแก้ไขสัญญาอาจทำเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ เช่น แก้ไขเพิ่มเติมส่วนที่เกี่ยวกับการเงินหรือประโยชน์ตอบแทน (remuneration) หรือเรื่องระยะเวลาต่างๆ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาต้องระมัดระวังในการแก้ไขบางประเด็นเพราะมิฉะนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลทำให้เกิดเป็นสัญญาใหม่ขึ้นมาได้ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย หลักที่ใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาใหม่คือต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาและผลทางกฎหมายของสัญญาว่าเหมือนหรือแตกต่างจากสัญญาเก่า ส่วนในเรื่องการแก้ไขสัญญาโยธาสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวกับประโยชน์ตอบแทน นั้น มาตรา 49.1 แห่งกฎหมายลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1993 กำหนดไว้ว่า การแก้ไขสัญญาโยธาสาธารณะวิสดุ จัดซื้อวิสดุ จัดหาบริการหรือมอบบริการสาธารณะให้เอกชนทำในส่วนที่เกี่ยวกับการเงินให้มากขึ้นกว่าเดิมร้อยละ 5 ในสัญญาโยธาสาธารณะ จะต้องเสนอต่อคณะกรรมการเสนอราคา (commission d'appel d'offres) เพื่อพิจารณา

ข. อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว⁴⁴ ทั้งอำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวหรืออำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ล้วนมีที่มาจากทฤษฎีหรือแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (le service public) ทั้งสิ้น ซึ่งรายละเอียดการยกเลิกสัญญาสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากตำราสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

⁴⁴ Laurent RICHER, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรรมานันท์ 2550: 389.

ค. อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว⁴⁵

ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คือ การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้าแทรกแซงเพื่อแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา โดยการขอแก้ไขนั้นอาจทำได้ในหลายเรื่อง เช่น อาจแก้ไขระยะเวลาของสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมหรือลดหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ลดหรือเพิ่มจำนวนทรัพย์สินตามสัญญาที่จะต้องส่งมอบ หรือแม้แต่การแก้ไขเงื่อนไขการปฏิบัติการตามสัญญา

ทั้งนี้ ในสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสถานะพิเศษอีกประการหนึ่ง คือ สามารถขอแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายไม่จำเป็นต้องยินยอมและแม้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาด้วย

สำหรับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติผิดไปจากข้อกำหนดในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ก็ตาม เป็นเรื่องที่มีได้อยู่ในขอบเขตของเรื่องการแก้ไขสัญญา แต่เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของการใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง (sanction) ซึ่งลักษณะพิเศษของการลงโทษกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองก็คือ โดยหลัก ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งทางปกครองลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เองโดยไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับให้เหมือนกรณีของสัญญาทางแพ่ง ยกเว้นในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ กรณีการเพิกถอนสิทธิของผู้รับสัมปทาน (déchéance) คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะสั่งเพิกถอนเองไม่ได้ต้องร้องขอให้ศาลเป็นผู้สั่ง ซึ่งรูปแบบการลงโทษกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาก็มีหลายวิธีการเช่น คำสั่งให้คู่สัญญาที่ผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหายและเบี้ยปรับ การสั่งให้บุคคลภายนอกเข้าดำเนินการแทนคู่สัญญา หรือฝ่ายปกครองอาจเข้าดำเนินการเอง รวมตลอดถึงการสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญา และการลงโทษทางอาญาด้วย

ค.1 ที่มาของอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา เป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ฝ่ายเดียวนั้น มีที่มาของอำนาจอยู่หลายแหล่ง

⁴⁵ นุปผา อัครพิมาน, รวมบทความทางวิชาการเล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง ระหว่างวันที่ 16-18 กรกฎาคม พ.ศ. 2547, หน้า 9-15.

1) กรณีที่ไม่มีกฎหมาย (ไม่ว่าจะระดับรัฐบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรอง) กำหนดเอาไว้ เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 มิถุนายน 1979 เกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะระดับท้องถิ่น ในมาตรา 6 วรรคสาม กำหนดเอาไว้ว่า คำขอแก้ไขสัญญาของผู้สัญญาฝ่ายปกครองเท่ากับเป็นการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 29 ตุลาคม 1980 เกี่ยวกับรูปแบบการแสวงหาผลประโยชน์ในการขนส่งสาธารณะระดับท้องถิ่นก็กำหนดไว้สอดคล้องในลักษณะเดียวกัน

2) กรณีที่ข้อกำหนดในสัญญากำหนดเอาไว้ให้ผู้สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่จะมีข้อกำหนดในลักษณะนี้อยู่ โดยเฉพาะจะกำหนดเอาไว้ในบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ของสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ หรือสัญญาจ้างที่ปรึกษาและงานวิจัย เป็นต้น

3) กรณีที่ไม่มีกฎหมายและข้อสัญญากำหนดเอาไว้

สำหรับกรณีว่าหากไม่มีกฎหมายและไม่มีข้อกำหนดในสัญญา กำหนดถึงอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเอาไว้ อำนาจของฝ่ายปกครองนี้จะมีอยู่หรือไม่ นั่น เป็นสิ่งที่ยังคงเป็นหัวข้อถกเถียงกันในทางวิชาการอยู่ โดยฝ่ายหนึ่งนำโดยศาสตราจารย์ J. L'HUILLIER เห็นว่าอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางปกครอง โดยผู้สัญญาฝ่ายปกครองนี้มีอยู่ โดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดเอาไว้เท่านั้น อำนาจดังกล่าวมิใช่เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองมีอยู่เอง

ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นความเห็นของนักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ เห็นว่า อำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของผู้สัญญาฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ M. HAURIUO เคยตั้งข้อสังเกตไว้ว่าสิทธิของผู้สัญญาฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น “เป็นหนึ่งในหลายๆ ทฤษฎีที่ซ่อนอยู่ในส่วนลึกของกฎหมายปกครองเพื่อทำให้กฎหมายปกครองนั้นมีความยืดหยุ่น”⁴⁶ หรือศาสตราจารย์ PÉQUIGNOT ได้สรุปเอาไว้ว่า “ในขณะนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า แม้จะไม่มีข้อสัญญากำหนดเอาไว้ ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิที่จะเพิ่มหรือลด “งาน” (หรือหน้าที่ตามสัญญา) เพิ่มเติมหรือยกเลิกสัญญาได้”⁴⁷ และนอกจากนี้ ศาสตราจารย์ De LAUBADÉRE และคณะก็ได้แสดงความเห็นด้วยถึงความมีอยู่ของสิทธิ หรืออำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยการแสดงความเห็นในเชิงตั้งคำถามว่า “ในกรณีที่ข้อ

⁴⁶ M. HAURIUO note sous arrêt C.E., 8 mars 1901, Prévot, & 1902-III-73 อ้างโดย G. PÉQUIGNOT Théorie générale du contrat administrative, thèse Montpellier, p. 366. อ้างถึงใน บุปผา อัครพิมาน 2547 : 11.

⁴⁷ G. PÉQUIGNOT, อ้างถึงใน บุปผา อัครพิมาน 2547 : 11.

สัญญาไม่ได้กำหนดเอาไว้ อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวไม่มีอยู่ในฐานะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของ ทฤษฎีและของระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปหรือ”⁴⁸

อาจกล่าวได้ว่าโดยความเห็นส่วนใหญ่อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย หรือข้อสัญญากำหนดรองรับเอาไว้แต่อย่างใด ซึ่งได้มีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวอยู่หลายคำพิพากษา โดยเฉพาะคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ C.E., ลงวันที่ 21 มีนาคม 1910, คดี Compagnie générale française des tramways, Rec. 216 cl. BLUM. ซึ่งตัดสินว่าอำนาจของฝ่ายปกครองในสัมปทานบริการ สาธารณะขนส่งผู้โดยสารโดยรถไฟนั้น มิได้จำกัดอยู่เพียงอำนาจในการอนุมัติตารางเวลาของขบวนรถไฟ เพื่อประโยชน์ในเรื่องความปลอดภัยและความเหมาะสมกับสภาพการจราจรเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจรวมไปถึงการแก้ไขข้อสัญญาโดยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิ่มเติมเที่ยวรถไฟให้เพียงพอแก่ความต้องการสาธารณะ เพื่อให้การดำเนินการบริการนั้นเป็นไปโดยเรียบร้อยด้วย

ปี 1983 ในคดี Union des transports publics urbains et régionaux สภาแห่งรัฐได้ตัดสินว่า “ในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ฝ่ายปกครองคู่สัญญาสามารถจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบริการให้เกิดความเหมาะสม รวมทั้งรูปแบบการดำเนินการบริการสาธารณะ (ที่มอบหมายให้เอกชนดำเนินการ) ได้โดยฝ่ายเดียว ซึ่งการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นอาจก่อให้เกิดการแก้ไขข้อกำหนดทางการเงินในสัญญาได้ ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้องไม่ขัดแย้งกับรูปแบบหรือวิธีการจัดการบริการสาธารณะนั้นๆ ในการนี้ผู้ถูกฟ้องคดี (ฝ่ายปกครองคู่สัญญา) เป็นเพียงผู้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองเท่านั้น” แต่เนื่องจากคำพิพากษาทั้งสองคดีดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของเรื่องการขนส่งสาธารณะระดับท้องถิ่น จึงทำให้มีผู้โต้แย้งว่าอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการบัญญัติเอาไว้แล้ว แม้ว่าการเขียนคำพิพากษาของศาลจะมีลักษณะที่อ้างว่าอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองก็ตาม อย่างไรก็ตาม เคยมีคำพิพากษาเมื่อปี 1958 ในคดี Distillerie de Magnae – Laval สภาแห่งรัฐได้เขียนคำพิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า “ไม่ว่าจะในกรณีใดก็ตามถือว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลในการยกเลิกสัญญาจัดซื้อพัสดุปิพาทภายใต้เงื่อนไขสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้เดือดร้อนเสียหาย โดยอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง” ทั้งนี้ โดยขยายอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวมาถึงอำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวด้วย และในคดีดังกล่าวศาลยอมรับไว้ชัดเจนว่า อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวรวมถึงอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดเอาไว้ ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้

⁴⁸ A.DE LAUBADÈRE, Traité des contrats administratifs, T.2, p.394. อ้างถึงใน บุปผา อัครพิมาน 2547 : 11.

ค.2 รากฐานของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

แม้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อมีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับความต้องการในบริการสาธารณะ ทั้งนี้การใช้อำนาจดังกล่าวต้องสอดคล้องและเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะเท่านั้น หลักพื้นฐานที่สนับสนุนข้อความคิดเรื่องนี้ก็คือ ฝ่ายปกครองไม่ควรจะต้องผูกพันอยู่กับสัญญาที่วัตถุประสงค์ของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์อีกต่อไป หรือผูกพันกับข้อสัญญาที่ล้าสมัยไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของสาธารณชนอีกต่อไป ดังนั้น บ่อเกิดหรือที่มาที่แท้จริงของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวก็คือ ข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะนั่นเอง และข้อความคิดหลักหรือข้อความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ก็คือ ประโยชน์ส่วนรวม (intérêt général) หรือประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) นั่นเอง ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้เคยตัดสินโดยอ้างหลักดังกล่าวในคดี Commune de Mions ปี 1964 ว่า “สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำเพื่อบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญานั้นเสียได้ หากเห็นว่า การยกเลิกนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม” ดังนั้นประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมนี้จึงเป็นข้อความคิดที่คอยควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของฝ่ายปกครองในทุกประเภท แม้แต่การใช้อำนาจหรือเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง

ค.3 ข้อจำกัดของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญานั้น มีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการคือ โดยกฎหมายตามหลักไม่มีกฎหมายให้อำนาจไม่สามารถทำได้ และทำได้เท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้กับข้อจำกัดนี้มาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือลักษณะของสัญญา

1) ในการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะแก้ไขข้อสัญญาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การดำเนินการบริการสาธารณะ (ที่ได้มอบหมายโดยสัญญาให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ) ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองได้กำหนดเอาไว้แล้วไม่ได้

2) ฝ่ายปกครองไม่อาจจะแก้ไขสัญญาถึงขั้นที่จะทำให้สถานะ (nature) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป เช่น หากปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไปทำให้จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบในการดำเนินการบริการสาธารณะหนึ่งๆ รัฐจำเป็นต้องเข้าดำเนินการบริการนั่นเองแทนที่รูปแบบการดำเนินการโดยการให้สัมปทาน ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการดำเนินการได้ก็แต่โดยการซื้อสัมปทานนั้นคืนเท่านั้น แต่จะบังคับคู่สัญญาโดยวิธีการแก้ไขข้อสัญญาไม่ได้ (C.E., 18 กรกฎาคม 1930, Compagnie de chemin de fer P.L.M” et autre, Rec. 753)

ในกรณีเดียวกัน ถ้าฝ่ายปกครองสามารถที่จะบังคับให้คู่สัญญาขยายการบริการออกไป แต่ฝ่ายปกครองไม่อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาดำเนินบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากบริการสาธารณะดั้งเดิมที่เคยทำกันไว้ ถึงขนาดนับว่าเป็นบริการสาธารณะอีกอย่างหนึ่ง หรือเป็นบริการสาธารณะที่อยู่นอกขอบเขตความสามารถของคู่สัญญา

ข้อจำกัดในลักษณะนี้ทำให้มีปัญหาตามมา เพราะหลักการนี้จะไม่สอดคล้องกับภาระของฝ่ายปกครองที่จะต้องทำหน้าที่ในการปรับเปลี่ยนให้บริการสาธารณะที่ทันสมัยอยู่เสมอ ด้วยการใช้วิธีการและเทคโนโลยีใหม่ๆ เข้ามาดำเนินการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐได้มีแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวสองแนว ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละคดี

กรณีแรก เป็นแนวทางแก้ไขปัญหาโดยสภาแห่งรัฐตัดสินเอาไว้ในคดี *Compagnie nouvelle de gaz de Deville – Iés – Rouen* โดยศาลวินิจฉัยในลักษณะประนีประนอมว่า คู่สัญญาสามารถดำเนินการตามไฟถนนด้วยก๊าซต่อไปได้ แต่ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิที่จะไปทำสัญญากับบุคคลอื่นเพื่อให้มาตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าได้ เพราะเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องตอบสนองต่อความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไป คดีนี้มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีทางเลือกที่จะต้องปรับเปลี่ยนเทคนิคในการดำเนินการของตนให้ทันสมัยอยู่เสมอ มิฉะนั้น ก็จะต้องสูญเสียสิทธิในการเป็นผู้ผูกขาดในกิจการนั้น

กรณีที่สอง เป็นแนวของสภาแห่งรัฐที่ตัดสินไว้ในปี 1932 ในคดี *Compagnie des Tramways de Cherbourg* ว่า แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่มีสิทธิบังคับให้คู่สัญญาที่เป็นผู้รับสัมปทานบริการขนส่งมวลชนให้เปลี่ยนวิธีการขนส่งให้ทันสมัยขึ้นได้ แต่จากการที่ไม่อาจตกลงอย่างสันติกับคู่สัญญาถึงวิธีการหรือรูปแบบในการดำเนินบริการสาธารณะได้ ฝ่ายปกครองอาจร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกสัญญาได้ แนวคำวินิจฉัยนี้ก็เช่นเดียวกับแนวทางแรกที่มีผลเป็นการบังคับโดยทางอ้อมให้คู่สัญญาจำต้องยินยอมปรับเปลี่ยนรูปแบบและวิธีการดำเนินการที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิใช้อำนาจแก้ไขสาระสำคัญส่วนนี้ได้ฝ่ายเดียว จึงดูเหมือนว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสข้อจำกัดอันนี้แทบจะไม่มีผลในทางปฏิบัติเพราะหลักบริการสาธารณะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่เสมอมีน้ำหนักมากกว่าหลักความมั่นคงตามสัญญาของคู่สัญญานั้นเอง

3) ข้อจำกัดประการที่สาม อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจนี้เอง ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลักรถโดยการร้องขอต่อศาล ให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้ เช่นในคดี *Société concessionnaire du garage parking Saint-Honoré C/ Ville de Paris* ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1974 ได้ตัดสินยืนยันว่า คำขอของผู้รับสัมปทานที่มุ่งจะให้ศาลปกครองเป็นผู้ชี้ขาดในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจสั่งให้ได้

4) โดยหลักแล้วการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในสัญญามอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะจะจำกัดอยู่เฉพาะข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็น “กฎ” (clause réglementaires) ซึ่งได้แก่ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่สามและผู้ให้บริการ เป็นต้น ส่วนข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางสัญญาโดยแท้ (clauses contractuelles) แล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาส่วนนี้ได้ฝ่ายเดียว โดยปราศจากความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นสัญญาโดยแท้ ได้แก่ ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิทางการเงินและผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั่นเอง แต่ในทางปฏิบัติจะแยกข้อกำหนดทั้งสองลักษณะได้ค่อนข้างยาก และในทางทฤษฎีก็ยังมีปัญหาในการหาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ยังไม่ลงตัว

5) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา โดยหลัก สัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้หลักคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือ “intuitus personae” ซึ่งทำให้การแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะทำได้ยากยิ่ง การแก้ไขสัญญาจะมีความเข้มงวดแตกต่างกันไป แล้วแต่ประเภทของสัญญา เช่น ในสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเอกชนจะทำได้ เว้นแต่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดอนุญาตเอาไว้เท่านั้น ส่วนในสัญญาจัดซื้อพัสดุต่างๆ การนำหลักนี้มาใช้จะมีความเข้มงวดน้อยลง เพราะจุดมุ่งหมายสุดท้ายของคู่สัญญาคือการส่งมอบทรัพย์สินที่ได้ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติหรือความสามารถของคู่สัญญาเช่นเดียวกับในสัญญาสองประการแรก

6) กระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง⁴⁹ อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริการสาธารณะ จะเห็นได้ว่ามาตรา 15 ถึงมาตรา 22 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1976 ได้กำหนดไว้ให้ผู้รับสัมปทานต้องรับความเปลี่ยนแปลงอันเกิดจากความต้องการหรือลักษณะการใช้บริการสาธารณะประเภทที่ได้ให้สัมปทานไป ในส่วนที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะก็เช่นกัน มาตรา 45 bis และมาตรา 255 bis แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ก็ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ในบางกรณีเช่นกัน

7) ค่าทดแทน คู่สัญญามีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียว โดยศาลปกครองอาจจะคำนวณจากอัตราสัดส่วนของราคาตามสัญญา⁵⁰

3.2.1.2 ศาลปกครองกับการแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการตามสัญญาทางปกครองหากไม่มีการดำเนินการ

⁴⁹ เฟ็งอ้าง, หน้า 397.

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1987 กรณี Vile de Saint_Malo, อ้างถึงในนันทวัฒน์ บรมานันท์ 2550 : 397.

ใกล้เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ที่ผ่านมากู้สัญญาก็ต้องนำคดีไปสู่ศาลและผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะได้แก่ “ผู้พิพากษาคดีสัญญา” (le juge du contrat)

คำว่า “ผู้พิพากษาคดีสัญญา” นี้ เป็นคำที่มีที่มาและปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลปกครอง และในหลักทฤษฎีต่างๆ ที่นักวิชาการได้สร้างขึ้น การกำหนดให้มีผู้พิพากษาคดีสัญญานี้ไม่ได้มีผลเป็นการสร้างระบบศาลหรือระบบผู้พิพากษาขึ้นมาใหม่เพราะผู้พิพากษาคดีสัญญาเป็นผู้พิพากษาศาลปกครอง (le juge administratif) ที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein jurisdiction) ซึ่งเมื่อนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจะต้องแสดงให้เห็นถึงสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาของตนเพื่อขอรับการเยียวยา ผู้พิพากษาคดีสัญญาไม่ได้เป็นผู้พิพากษาคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) หรือผู้พิพากษาคดีความรับผิดชอบละเมิด (la responsabilité quasi-délictuelle) ที่มีอำนาจเฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาคดีสัญญาสามารถพิจารณาคำขอให้จ่ายค่าทดแทนอันเนื่องมาจากความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา ค่าทดแทนที่เกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ (théorie de l'imprévision) รวมทั้งค่าทดแทนจากการเลิกสัญญาหรือจากการเป็นโมฆะ (nullité) ของสัญญาได้

วิธีการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองโดยผู้พิพากษาคดีสัญญานี้ใช้วิธีพิจารณาเดียวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป แต่ก็มีรายละเอียดปลีกย่อยบางประการเป็นพิเศษที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง เช่น การพิจารณากำหนดผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีและอำนาจของผู้พิพากษาคดีสัญญา

ก. การกำหนดศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี การกำหนดถึงศาลและผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองนับเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง โดยปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาโยธาสาธารณะ (les marchés de travaux publics) เพราะเป็นสัญญาประเภทที่มีความซับซ้อนและมี “คู่กรณี” ที่เกี่ยวข้องหลายต่อหลายฝ่าย

หลักสำคัญของการกำหนดศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีคงจำกัดอยู่ที่ “ความเป็นคู่สัญญา” กล่าวคือ ผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าของโครงการ (maître d'ouvrage) กับผู้ก่อสร้าง (entrepreneur) และผู้ควบคุมงาน (maître d'oeuvre) ในทางกลับกันศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้จัดหาวัสดุ (le fournisseur) หากผู้จัดหาวัสดุเป็นคู่สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนกับผู้ก่อสร้าง⁵¹ หรือใน

⁵¹ คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1993 กรณี C.H. Mas Creiron d'Uzès. อ้างถึงในนันทวัฒน์ บรมานันท์ 2550 : 430.

กรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้รับจ้าง (le sous-traitant) ของผู้ก่อสร้าง ซึ่งการตกลงกันระหว่างผู้ก่อสร้างกับผู้รับจ้างในรูปของการทำสัญญาเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน⁵² เช่นกัน

ผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าเสียหายในระหว่างผู้ก่อสร้างแต่ละฝ่ายได้ก็ต่อเมื่อสัญญาจ้างผู้ก่อสร้างนั้นอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนโดยเป็นสัญญาระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้ก่อสร้าง⁵³

การกำหนดศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีจึงเป็นเรื่องสำคัญที่มีความเชื่อมโยงกับสภาพของการเป็นคู่สัญญาและระบบกฎหมายมหาชน

ข. อำนาจของผู้พิพากษาคดีสัญญา มีคำพิพากษาของผู้พิพากษาคดีสัญญาจำนวนมากที่กำหนดให้ผู้แพ้คดีต้องจ่ายเงินค่าทดแทน แต่อย่างไรก็ดี มีเพียงบางคำพิพากษาเท่านั้นที่ผู้พิพากษาคดีสัญญาพิพากษาให้มีการเพิกถอนสัญญาหรือประกาศว่าสัญญาเป็นโมฆะทั้งหมดหรือบางส่วน อำนาจของผู้พิพากษาคดีสัญญาเหล่านี้เป็นอำนาจปกติซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้พิพากษาคดีสัญญาต้องวินิจฉัย แต่อย่างไรก็ดีนอกเหนือจากอำนาจเหล่านี้แล้วผู้พิพากษาคดีสัญญายังมีอำนาจในอีกสองกรณีคือ อำนาจในการประกาศยกเลิกนิติกรรมที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา และอำนาจในการบังคับให้ดำเนินการบางอย่าง

สรุป สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจะมีหลักการที่สำคัญคือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่สำคัญ เช่นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและยกเลิกสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว แม้ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญา ซึ่งต่างจากสัญญาทางปกครองในกลุ่มประเทศ Common Law ซึ่งได้ทำการศึกษามาแล้ว และสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันซึ่งจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

3.2.2 กระบวนการแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันนั้นมีความชัดเจนในเรื่องสัญญาทางปกครองมากที่สุดประเทศหนึ่งในกลุ่มประเทศ Civil Law เนื่องจากมีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนและเป็นระบบ ทั้งนี้การศึกษาศัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้นจะพิจารณาภายใต้กรอบหลักเดิมคือ กระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองจะเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งในเรื่องการปฏิบัติกรชำระหนี้ตามความผูกพันของสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

⁵² คำพิพากษาศาลคดีซัดกัน ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1990 กรณี S.E.M.A.R.E.L.P. อ้างถึงในนันทวัฒน์ บรมานันท์ 2550 : 430.

⁵³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 1995 กรณี Charvier. อ้างถึงในนันทวัฒน์ บรมานันท์ 2550 : 430.

3.2.2.1 การปฏิบัติการชำระหนี้และการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้

กฎหมาย VwVfG ปี ค.ศ. 1976 ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้และการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาเรื่องนี้จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) กำหนดไว้ เช่น เรื่องการผิดนัดในการชำระหนี้ การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย ความรับผิดชอบในกรณีที่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญา หรือหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ก่อนสัญญา เป็นต้น ทั้งนี้ตามมาตรา 62 VwVfG ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976

อย่างไรก็ดี ในการนำบทบัญญัติและหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับกรณีสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย ในบางครั้งก็ไม่ใช่การถ่ายโอนที่จะนำหลักกฎหมายเรื่องหนึ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายเรื่องหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งจะนำมาใช้ได้เท่าที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสัญญาทางปกครองเท่านั้น⁵⁴

3.2.2.2 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้

“มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

(1) ประโยคที่หนึ่ง ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

ประโยคที่สอง เพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้

⁵⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht § 14, Rdnr. 52, S.380. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสวี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 1, สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546 : 26.

(2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) トラบเท่าที่ บพบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดง เหตุผลไว้ด้วย”

จากบทบัญญัติมาตรา 60 VwVfG ดังกล่าวข้างต้นอาจแยกหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 VwVfG ออกได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ

กรณีแรก : กรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ซึ่งได้แก่ การเปลี่ยนแปลง แก้ไข และการบอกเลิกสัญญาทาง ปกครองโดยอาศัยเหตุอันเนื่องมาจากการที่ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐาน สำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองนั้น ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่ สัญญาทางปกครองเกิดขึ้น และ

กรณีที่สอง : กรณีการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม มาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG ซึ่งได้แก่ การบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อ คู้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจจะเกิดขึ้นและไปกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

ก. องค์ประกอบทางกฎหมายของกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิก สัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG

1) ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการ กำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป (Wegfall und Fehlen angenommener tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse)

เมื่อปรากฏว่าภายหลังจากที่สัญญาทางปกครองได้เกิดขึ้นแล้วข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองได้ เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในสาระสำคัญ โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ เว้นแต่ ในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ดังนั้น ในกรณีของการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา ทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG นี้ ในเบื้องต้นจึงต้องอาศัยความยินยอมของ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่เนื้อหาของสาระใหม่ของสัญญาทางปกครอง อยางไรก็ดี หาก คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิ

นำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้โดยอาศัยคำฟ้องแบบ *allgemeine Leistungsklage*⁵⁵ ทั้งนี้เพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ โดยศาลปกครองอาจพิพากษาให้ถือว่าคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยินยอมเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองตามคำสั่งของศาลปกครองได้ ส่วนในกรณีของการบอกเลิกสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นทางเลือกลำดับรองเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นไปไม่ได้หรือไม่สมเหตุสมผลนั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว และการบอกเลิกสัญญามีผลสมบูรณ์เมื่อการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว⁵⁶ นอกจากนี้ ในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง *VwVfG* นี้ คู่สัญญาอาจจะดำเนินการตกลงกันในรูปแบบของ “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (*Vergleichsvertrag*)” ก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามองค์ประกอบทางกฎหมายของบทบัญญัติมาตรา 55 *VwVfG*⁵⁷

ในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดข้อตกลงไว้แล้วล่วงหน้าในสัญญาทางปกครองถึงเรื่องสิทธิของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาในกรณีนี้สามารถกระทำได้โดยอาศัยพื้นฐานมาจากข้อตกลงดังกล่าวในสัญญาทางปกครองนั่นเอง⁵⁸ โดยไม่ต้องนำหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง *VwVfG* มาใช้บังคับแต่อย่างใด

ตัวอย่างของข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ (*tatsachliche Voraussetzung*) ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครอง เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องราคาและค่าใช้จ่าย (*Preis- und Kostenniveaus*) ข้อมูลและความรู้ทางเทคนิค วิทยาศาสตร์การแพทย์ และการค้นพบสิ่งใหม่ๆ (*Stand der Technik, der naturwissenschaftlichen, medizinischen usw Erkenntnisse*) เป็นต้น

สำหรับกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป (*Rechtsänderung*) ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง *VwVfG* ได้นี้ นอกจากจะมีความหมายถึงตัวบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ

⁵⁵ Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Rdnr. 16, S. 812. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 28.

⁵⁶ Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 14, Rdnr. 53, S. 364-365. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 28.

⁵⁷ โปรดดูองค์ประกอบทางกฎหมายของ “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (*Vergleichsvertrag*)” ตามมาตรา 55 *VwVfG* ได้ในหน้า 12, อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 28.

⁵⁸ Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 60, Rdnr. 7, S. 1339. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 28.

เยอรมัน⁵⁹ ยังเห็นว่า หมายความรวมถึงคำพิพากษาของศาลที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในภายหลังด้วย (Änderungen der Rechtsprechung) โดยคำพิพากษาของศาลในภายหลังนั้นได้วางหลักกฎหมายที่แตกต่างไปจากเดิมอันมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติชำระหนี้ของคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองนั้น

2) เป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนสาระสำคัญและเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะยังคงยึดถือข้อกำหนดตามสัญญาเดิมอยู่ต่อไป (Wesentlichkeit der Änderung; Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag)

ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครองที่เปลี่ยนแปลงไป อันอยู่ในองค์ประกอบทางกฎหมายที่จะให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้นี้ จะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงไปในส่วนสาระสำคัญ (Wesentlich) กล่าวคือ ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายที่เกิดขึ้นในภายหลังนี้ หากปรากฏในช่วงระยะเวลาที่สัญญาทางปกครองเดิมเกิดขึ้น เนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขไปจากเดิมอย่างแน่นอน

สำหรับการพิจารณาว่ากรณีเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะยังคงให้คู่สัญญายึดถือข้อกำหนดตามสัญญาเดิมอยู่ต่อไปนั้น จะพิจารณาโดยนำหลักข้อสัจสุจริตตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (BGB)⁶⁰ มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา

3) การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG

การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG เป็นการให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Privater Partner) และฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Die Behörde) ที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏว่าการใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล การบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีนี้ จึงมีความแตกต่างไปจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ในการตัดสินใจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG นี้ เป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องตระหนักและคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 40

⁵⁹ Büchner, S. 153f; Kopp, § 60, Rdnr. 8; Obermayer, § 60, Rdnr. 20; Schimpf, S. 305f. อ้างไว้ใน Ule/Laubinger, § 71, Rdnr. 11, FN 11, S. 810-811. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 29.

⁶⁰ Kopp, § 60, Rdnr. 9, S. 1000-1001. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 29.

VwVfG* ด้วย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการที่ได้รับการมอบอำนาจให้ดำเนินการและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายในการใช้ดุลพินิจนั้นด้วย⁶¹

ข. องค์ประกอบทางกฎหมายของกรณีการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG

การบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG เป็นการบอกเลิกสัญญาทางปกครองซึ่งกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ไม่ได้รวมไปถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ

สำหรับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เป็นเหตุผลในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG นี้ อาจจะเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่มีมาก่อนที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาทางปกครองก็ได้⁶² ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในภายหลังสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเหมือนกับกรณีบอกเลิกสัญญาตามปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG

แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG จะบัญญัติไว้ชัดเจนเฉพาะเรื่องของการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งแตกต่างกันไปจากบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ที่บัญญัติไว้ทั้งกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุผลตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG นี้ได้เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นการ

* มาตรา 40 VwVfG บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 40 ดุลพินิจ (Ermessen)

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการมอบหมายให้สามารถใช้ดุลพินิจได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้ดุลพินิจดังกล่าวให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายในการใช้ดุลพินิจนั้นด้วย (Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.)” อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 30.

⁶¹ Kopp, § 60, Rdnr. 14 S. 1002. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 30.

⁶² Kopp, § 60, Rdnr. 17 S. 1003. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 30.

เหมาะสมและเพียงพอและมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาและมีความสมเหตุสมผลมากกว่าการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง⁶³ ทั้งนี้ตาม “หลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)

นอกจากนี้ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดแจ้งถึงเรื่องการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (Entschädigung) ก็ตาม ในทางตำรานักวิชาการมีความเห็นสอดคล้องตรงกันว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง* VwVfG มาใช้บังคับได้โดยอนุโลม กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับ ความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้

สำหรับเหตุผลเบื้องหลังในชั้นของการยกเว้นบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนั้น ปรากฏว่าเป็นเจตนาของผู้ร่างกฎหมายเองที่ประสงค์จะไม่บัญญัติถึงผลที่ตามมาภายหลังของการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยให้เรื่องการชดใช้ความเสียหายเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาในแต่ละกรณีไป (Die Rechtsfolgen der Kündigung sind im Gesetz bewußt nicht normiert worden. Es soll dem Einzelfall überlassen bleiben, wie sich die Abwicklung des Interessenausgleichs zwischen den Vertragspartnern zu gestalten habe.)⁶⁴ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG นี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ ดังนั้น การจ่ายค่าทดแทนเพื่อชดใช้ความเสียหายในกรณีนี้ จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามนัยบทบัญญัติมาตรา 14

⁶³ Kopp, § 60, Rdnr. 18 S. 1003. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 31.

* มาตรา 49(5) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน บัญญัติไว้ดังนี้

“ในกรณีที่มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ตาม (2) เลขที่ 3 ถึงเลขที่ 5 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เมื่อผู้ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น ยื่นคำร้องขอรับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น”

มาตรา 49(5) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG อาจเทียบได้กับมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของประเทศไทย., อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 31.

⁶⁴ Knack, § 60, Rdnr. 10, S. 918. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 32.

และ มาตรา 2 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน) (Grundgesetz) มาใช้บังคับ⁶⁵

ค. รูปแบบของการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่งและประโยคที่สอง VwVfG จะต้องทำเป็นหนังสือ (schriftlich) ตราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาทางปกครองด้วยวาจาจะมีผลทำให้การบอกเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวไม่สมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ดี หากได้มีการจัดทำเป็นหนังสือในภายหลัง ความสมบูรณ์ของการบอกเลิกสัญญาทางปกครองก็จะมีผลสมบูรณ์เมื่อการบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็นหนังสือนั้น ได้ไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว นอกจากนี้ ในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองนี้ มาตรา 60 (2) กำหนดไว้ว่า “สมควร (Soll)” จะต้องมีการระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วย โดยไม่มีลักษณะเป็นการบังคับนี้เอง ดังนั้น การบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็นหนังสือแม้จะไม่ได้ระบุเหตุผลไว้ด้วย การบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้นก็ยังคงมีผลสมบูรณ์⁶⁶

จากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันดังกล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายซึ่งอยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ก็คือ หลักกฎหมาย “Wegfall der Geschäftsgrundlage”^{*} ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ส่วนหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง

⁶⁵ Stelkens/Bonk/Sachs, § 60, Rdnr. 22, S. 1344. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 32.

⁶⁶ Knack, § 60, Rdnr. 11, S. 918. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 32.

* หลักกฎหมาย “Wegfall der Geschäftsgrundlage” เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เพื่อผ่อนคลายหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาหรือหลักความผูกพันตามสัญญา (pacta sunt servanda) เมื่อปรากฏว่าข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เป็นสาระสำคัญในการตกลงกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ยกตัวอย่างเช่น กรณีคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาเช่าอาคารไว้เป็นระยะเวลาอันยาวนาน หากต่อมาปรากฏว่าค่าของเงินได้เปลี่ยนแปลงไปเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า เช่น เกิดสงครามหรือภาวะเงินเฟ้อ ซึ่งมีผลทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างอัตราค่าเช่ากับคุณค่าในการได้รับประโยชน์ (ครอบครอง) อาคารที่เช่าเปลี่ยนแปลงไปอย่างไม่ได้สัดส่วนและเป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้เช่า ในกรณีเช่นนั้น คู่สัญญาฝ่ายผู้เช่ามีสิทธิเรียกร้องขอให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาเช่าเพื่อกำหนดอัตราค่าเช่าใหม่ได้โดยอาศัยหลักกฎหมาย “Wegfall der Geschäftsgrundlage” โปรดดูรายละเอียดใน Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rdnr. 426-427. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 33.

VwVfG ก็คือ หลักการให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Schutz des Gemeinwohls) ตามกฎหมายมหาชนนั่นเอง

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหรือแนวทางการดำเนินการในทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งรัฐหรือฝ่ายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถนำมาใช้ได้ในการบริหารงานทางปกครองโดยทั่วไป สัญญาทางปกครองจึงมีประโยชน์ในแง่ที่ทำให้การดำเนินการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็ว และก่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชน เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีความคล่องตัวและยืดหยุ่นมากกว่าการออกคำสั่งทางปกครอง และการปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองนั้น ได้เกิดขึ้นมาจากการปรึกษาตกลงและมีความเข้าใจสอดคล้องตรงกันระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชน แต่ในความเป็นจริงแล้ว สัญญาทางปกครองสามารถบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ คงต้องอาศัยองค์ประกอบอื่นอีกหลายประการ เช่น

(1) การวางระบบกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อคุ้มครองเอกชนจากการที่อาจจะถูกเอารัดเอาเปรียบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้อำนาจและหน้าที่โดยมิชอบ เพราะการทำสัญญากับรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองมักจะอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบหรือมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนในการทำสัญญา ซึ่งเหตุผลนี้เองที่เป็นเหตุให้ Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมัน ปฏิเสธและคัดค้านเรื่องสัญญาทางปกครองมาโดยตลอด

(2) การสร้างความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐว่า สัญญาทางปกครองนั้น เป็นเพียงเครื่องมือหรือแนวทางอย่างหนึ่งที่กฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนำมาใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครองเท่านั้น การทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐอยู่ตลอดเวลา กล่าวคือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความสมเหตุสมผล หลักความเสมอภาคหรือหลักการใช้ดุลพินิจโดยถูกต้องเหมาะสมก็ดี ยังเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องตระหนักและคำนึงถึงเสมอ⁶⁷

สรุป สัญญาทางปกครองของเยอรมันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายปกครองและหลักกฎหมายแพ่งผสมผสานกัน (ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 62) ลักษณะสำคัญของประการหนึ่งของสัญญาทางปกครองของเยอรมันคือถือความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นหลักที่ได้จากกฎหมายแพ่ง ลักษณะเช่นนี้มีความแตกต่างอย่างยิ่งจากหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งยึดถือประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก จึงให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองทำให้ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน

⁶⁷ อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, 2546 : 33.

3.3 บทสรุป

จากการที่ได้ทำการศึกษาสัญญาทางปกครองของต่างประเทศซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือกลุ่มประเทศ Common Law ซึ่งประกอบด้วยอเมริกาและอังกฤษ กับกลุ่มประเทศ Civil Law คือฝรั่งเศสและเยอรมันนั้น จะพบว่าการแบ่งแยกของระบบกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นแม้จะมีรูปแบบที่ค่อนข้างจะแตกต่างกันคือ ฝ่าย Common Law วางรูปแบบของสัญญาไว้โดยหลักของสัญญาทางแพ่งของเอกชนคือ สัญญาต้องเป็นสัญญา สิ่งใดที่อยู่นอกกรอบหรือเงื่อนไขของสัญญาใช้บังคับไม่ได้ ส่วนประเทศ Civil Law โดยเฉพาะฝรั่งเศสนั้นวางรูปแบบแยกกันระหว่างสัญญาแบบเอกชนและสัญญาแบบมหาชน คือสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาแบบมหาชนยังคงมีอำนาจของฝ่ายปกครองอยู่ในสัญญาเสมอ แม้จะไม่ได้กำหนดเอาไว้โดยตรงและชัดเจนซึ่งนั่นหมายความว่าเนื้อหาที่แท้จริงของสัญญาทางปกครองนั้นมีอำนาจของฝ่ายปกครองกำกับดูแลเอาไว้เสมอ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลหลักประการสำคัญก็คือฝ่ายปกครองคือรัฐและรัฐมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์มหาชนซึ่งต้องรักษาประโยชน์ส่วนนี้อย่างต่อเนื่องและให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดเพราะหากประโยชน์สาธารณะขาดคุณภาพ เสถียรภาพและความมั่นคงของรัฐจะกระทบอย่างมีนัยสำคัญ และนั่นคือสาระสำคัญที่สุดของการพิจารณาเรื่องการใช้สัญญาทางปกครองเพื่อเป็นเครื่องมือในการให้บริการสาธารณะที่แยกออกมาจากเรื่องคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนเป็นที่มาหรือกรอบของการกำหนดหลักเกณฑ์และวินัยข้อจำกัดกรณีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาของสัญญาทางปกครองอีกด้วย ส่วนเยอรมันนั้นมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรชัดเจนในเรื่องสัญญาทางปกครองตามแบบฉบับของประเทศ Civil Law อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระบบและหลักกฎหมายปกครองเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมันถือเป็นแม่แบบที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปรวมถึงประเทศไทยที่นำหลักกฎหมายของทั้งสองประเทศ รวมถึงสถาบันศาลปกครองของเยอรมันมาเป็นต้นแบบของศาลปกครองไทย การเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองของทั้งสองประเทศจึงเป็นประโยชน์ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

เปรียบเทียบสัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์ของฝรั่งเศสกับเยอรมัน

1. องค์ประกอบของสัญญา

สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส มีองค์ประกอบคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง โดยมีการนำระบบกฎหมายมหาชนมาใช้ในสัญญาทางปกครอง แต่ไม่บังคับหรือผูกพันว่าจะต้องนำกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ

สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน รัฐผูกพันตนตามกฎหมาย และใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย มีการนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง การแสดงเจตนาการทำคำเสนอ คำสนอง

2. วัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญา

สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายรัฐต้องมีเอกสิทธิ์เหนือฝ่ายเอกชน เพื่อให้มีอำนาจในการดำเนินงานตอบสนองต่อส่วนรวม สัญญามีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นพิเศษให้อำนาจควบคุมฝ่ายเอกชน

สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน มีเนื้อหาสาระของสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน โดยมีการนำกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับในกรณีที่เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ โดยหลักคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

3. ประเภทของสัญญา

ประเภทสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส มีสัญญาพัสดุ และสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ

ประเภทสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน ได้แก่ สัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน สัญญาประนีประนอม หรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

4. หลักเกณฑ์ที่สำคัญทางทฤษฎีของสัญญา

สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส มีหลักทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับเปลี่ยนให้บริการสาธารณะทันสมัยอยู่เสมอ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความเป็นกลางของบริการสาธารณะ

สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน สัญญาที่มีข้อขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือวัตถุประสงค์พื้นฐานวิสัยยอมเป็นโมฆะ

5. เอกสิทธิ์การแก้ไขสัญญาทางปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในประเทศฝรั่งเศสเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ ในการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษ เพื่อให้การจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและเกิดผลดีต่อประโยชน์สาธารณะ การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว โดยศาลปกครองอาจคำนวณจากอัตราสัดส่วนของราคาตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขสัญญาศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์ไว้ 3 ประการ

ประการแรก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะต้องไม่มีลักษณะจนเกินขนาดที่เป็นการเลิกสัญญาเดิม แล้วกำหนดเป็นสัญญาใหม่และที่สำคัญ คือ วิญญูชนสามารถวินิจฉัยได้ว่าอยู่ในขอบเขตของการแก้ไขได้

ประการที่สอง การแก้ไขจะต้องเป็นการแก้ไขในเรื่องหน้าที่ของคู่สัญญาไม่ใช่เรื่องสิทธิ หรือผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ประการที่สาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคู่สัญญา ฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้ตามความเสียหายที่ได้รับตามความเป็นจริงซึ่งค่าเสียหายจะไม่รวมถึงค่าขาดกำไร

เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ในประเทศเยอรมันเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขของประเทศเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 VwVfG ดังนี้

ในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเกิดจากทั้งปัจจัยภายในสัญญา และภายนอกสัญญา อันเป็นเหตุให้เนื้อหาสาระของสัญญาไม่สามารถดำเนินการไปได้อย่างปกติทั่วไป อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงไป ทำให้มีผลต่อส่วนรวมที่จะได้รับการบริการต้องล่าช้าออกไป และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญา ให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการไม่สมเหตุผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

6. เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของประเทศฝรั่งเศส อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ จึงเป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายรัฐที่มีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การเวนคืน การยึดทรัพย์สิน การเข้าครอบครองทรัพย์สินของเอกชนเป็นการชั่วคราว การลงโทษ หรืออาจเป็นเอกสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน ที่ไม่สามารถยึดทรัพย์สินของฝ่ายรัฐได้ การใช้อำนาจดังกล่าวทำให้เกิดการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนด ซึ่งเกิดได้กรณีเนื่องจากคู่สัญญาทำผิดวัตถุประสงค์ของสัญญา และการเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาไม่ได้ทำผิดสัญญา มีเงื่อนไข การเลิกสัญญา โดยเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ การเลิกสัญญาเนื่องจากการทำผิดสัญญา การเลิกสัญญาด้วยเหตุที่ไม่ได้มีการทำผิดสัญญา

เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาของประเทศเยอรมัน เพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงผลไว้ด้วย เหตุผลดังกล่าวเพื่อใช้เป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจและดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐ ในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการบอกเลิกสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนสาระสำคัญ

เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมันเอกสิทธิ์ทั้งสองประเทศนี้มีความเหมือนกันตรงที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม อันเป็นวัตถุประสงค์หลักของสัญญาหรือเป็นเนื้อหาสำคัญของสัญญา แต่มีความแตกต่างกันตรงวิธีการใช้อำนาจ กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสใช้อำนาจเอกสิทธิ์ด้วยการไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย แต่ประเทศเยอรมันมีหลักความเสมอภาคเป็นแกนของสัญญา การใช้อำนาจของฝ่ายรัฐต้องให้ฝ่ายเอกชนให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าก่อน จึงจะใช้อำนาจเอกสิทธิ์ได้ หากฝ่ายเอกชนไม่ยินยอมการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ฝ่ายรัฐต้องฟ้องคดีต่อศาลจึงจะมีสิทธิดำเนินการต่างๆ ต่อไปได้โดยชอบด้วยกฎหมาย



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**ตารางเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์
ระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศเยอรมัน**

ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศเยอรมัน
สัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์	สัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์
1. ไม่บังคับหรือผูกพันว่าจะต้องนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ	1. มีการนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ
2. ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือฝ่ายเอกชน	2. คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน
3. สัญญาพัสดุ สัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ	3. สัญญาประนีประนอม หรือสัญญาระงับข้อพิพาท สัญญาแลกเปลี่ยน หรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง
4. หลักทฤษฎีบริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง, มีการปรับเปลี่ยน, มีความเสมอภาค, มีความเป็นกลาง	4. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือวัตถุประสงค์เป็นอันพันวิสัยขัดกับหลักนี้ถือเป็นโมฆะ
5. ฝ่ายรัฐแก้ไขสัญญาต้องไม่เกินขนาด	5. คู่สัญญาเรียกร้องให้แก้ไขสัญญาได้
6. ฝ่ายรัฐแก้ไขหน้าที่ของฝ่ายเอกชนได้ แต่แก้ไขผลประโยชน์ตามสัญญาไม่ได้	6. การแก้ไขต้องสอดคล้องกับสัญญาเดิมตามเนื้อหาสาระของสัญญา
7. ฝ่ายรัฐแก้ไขก่อให้เกิดความเสียหายต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายเอกชน	7. การแก้ไขไม่สมเหตุผลคู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้
8. ฝ่ายรัฐมีอำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะเลิกสัญญาได้	8. ฝ่ายรัฐมีอำนาจเลิกสัญญาเพื่อคุ้มครองป้องกันประโยชน์สาธารณะหรือขจัดผลเสียหายร้ายแรง

บทที่ 4

หลักกฎหมายการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

ประเทศไทยถือว่าเป็นประเทศหนึ่งที่อยู่ในระบบกฎหมายแบบ Civil Law หรือประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญทางกฎหมายเกิดขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งเป็นผลมาจากการพัฒนาประเทศเพื่อก้าวเข้าสู่ความทันสมัยและปัจจัยทางการเมืองระหว่างประเทศในขณะนั้นที่มีการล่าอาณานิคมจากประเทศมหาอำนาจทางตะวันตก การปรับปรุงระบบกฎหมายแต่เดิมที่ใช้อยู่โดยหันมาจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นนั้น กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญเพราะเมื่อเลือกใช้ประมวลกฎหมายนั้นก็หมายความว่า เป็นการเลือกระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อเลือกระบบเช่นนี้พัฒนาการที่เกิดขึ้นต่อมาก็จะอยู่ในแนวทางของประเทศที่เป็นผู้นำในเรื่องประมวลกฎหมายซึ่งก็คือฝรั่งเศสและเยอรมัน นอกนั้นการเลือกแนวทางเช่นนี้ยังส่งผลกระทบต่อการแบ่งแยกประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและเอกชนอีกด้วย และในท้ายที่สุดระบบศาลซึ่งเป็นสถาบันซึ่งขาดในกระบวนการยุติธรรมก็จะมีการใช้ระบบศาลคู่ ซึ่งเป็นระบบศาลที่ใช้อยู่ในประเทศ Civil Law ทั่วไป และสอดคล้องกับประเภทของกฎหมายที่แบ่งแยก นั่นคือนอกจากศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจอยู่ในดินแดนกฎหมายเอกชนแล้ว ยังมีศาลที่อยู่ในดินแดนของกฎหมายมหาชนที่สำคัญอย่างน้อย 2 ศาลคือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

จากภาพรวมของระบบกฎหมายระบบศาลที่มีพัฒนาการเกิดขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 รายละเอียดในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนาของกฎหมายประเภทต่างๆ การพัฒนาของศาล การพัฒนาหลักกฎหมายลักษณะต่างๆ ล้วนแล้วแต่มีความน่าศึกษาทั้งสิ้น ทั้งนี้ในส่วนของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะได้ทำการศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายประเภทหนึ่งที่เรียกกันทั่วไปว่า สัญญาทางปกครอง ที่ข้อสรุปอย่างค่อนข้างชัดเจนแล้วในประเทศไทยว่ามีที่มา หลักเกณฑ์ เนื้อหา รูปแบบ ฯลฯ เช่นไร นอกจากนี้ประเด็นสำคัญที่จะต้องมีการพิจารณาอย่างละเอียดก็คือเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองของประเทศไทยว่ามีหลักเกณฑ์ เนื้อหา รูปแบบ และวิธีการเช่นไร และปัจจุบันอยู่ในสภาพอย่างไร ทั้งนี้การวิเคราะห์ปัญหาของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยจะเป็นเนื้อหาที่กำหนดเอาไว้ในบทที่ 5 ต่อไป

4.1 หลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญา

สัญญาทางปกครองที่ลงนามโดยคู่สัญญาแล้วมีความผูกพันเช่นเดียวกับสัญญาตามหลักการทั่วไปในเรื่องสัญญา แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องแก้ไขต้องแก้ไขไม่ว่าจะเกิดจากการให้บริการสาธารณะ(ที่ต้องจัดทำตามสัญญานั้น) เปลี่ยนแปลงไปตามหลักความทันสมัยของการจัดทำบริการสาธารณะหรือเกิด

จากเหตุอื่นใดก็ตามการแก้ไขสัญญาก็เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการ เพราะหากมีการดำเนินการที่แตกต่างจากข้อกำหนดตามสัญญาแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับส่วนรวมได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาลักษณะพิเศษที่จัดทำโดยใช้อำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองและมีจุดมุ่งหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมโดยตรงตามหลักของกฎหมายมหาชน ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองจึงมีลักษณะพิเศษกว่าสัญญาทางแพ่ง ดังที่พิจารณามาแล้วในบทที่ 3 ที่ผ่านมานั้นคือสัญญาทางปกครองนี้สามารถแก้ไขได้โดยคู่สัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง ขณะเดียวกันเนื่องจากหลักเอกลัทธิของรัฐที่มีอยู่ในการจัดทำสัญญาทางปกครอง การแก้ไขโดยใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวก็สามารถกระทำได้ ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เป็นเรื่องของหลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญา ส่วนหลักการแก้ไขโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวจะพิจารณาในหัวข้อต่อไป

หลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญานั้น ในมุมมองทางกฎหมายจะมีแนวทางที่สามารถดำเนินการได้อยู่ 3 แนวทาง คือ

4.1.1 การแก้ไขโดยอาศัยข้อตกลงหรือข้อกำหนดในสัญญา

การแก้ไขโดยอาศัยข้อตกลงหรือข้อกำหนดในสัญญานั้นสำหรับสัญญาทางปกครองแล้วถือเป็นแนวคิดในกลุ่มประเทศ Common Law เช่น อเมริกาและอังกฤษ ดังที่ได้พิจารณาแล้วในบทที่ 3 กล่าวคือ มีหลักการอยู่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา สิ่งใดที่อยู่นอกกรอบหรือเงื่อนไขของสัญญาใช้บังคับไม่ได้ การแก้ไขสัญญาก็เช่นเดียวกัน จะต้องมีการตกลงหรือระบุไว้เป็นข้อกำหนดเอาไว้ในสัญญาว่าทำได้แค่ไหนอย่างไร มิเช่นนั้นก็ไม่สามารถดำเนินการได้ และต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กำหนดเอาไว้

ลักษณะเช่นนี้ได้ถูกนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองของไทยด้วยเนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานของการทำสัญญาและเพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้ง รวมทั้งทำให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการบริหารสัญญาตลอดจนชี้ขาดข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นสามารถดำเนินการหรือพิจารณาโดยไม่ยุ่งยาก หากเป็นกรณีที่เป็นการแก้ไขสัญญา โดยคู่สัญญาแล้วในสัญญาหรือข้อตกลงที่ทำกับรัฐจะต้องมีสัญญาข้อใดข้อหนึ่งกำหนดหรือระบุเงื่อนไขเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกรณีสัญญาทางแพ่งทั่วไป ในวิทยานิพนธ์นี้จะยกตัวอย่างสัญญาของรัฐที่มีเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าว เพื่อประกอบการศึกษา คือ กรณีสัญญาผู้ถือหุ้นของบริษัท ยูไนเต็ด อินฟอร์เมชั่นไฮเวย์ จำกัด ระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทย (ซึ่งภายหลังแปลงสภาพเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)) กับบริษัท เบญจจินดา โฮลดิ้ง จำกัด ร่วมทุนกันจัดตั้งบริษัท ยูไนเต็ด อินฟอร์เมชั่นไฮเวย์ จำกัด โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อดำเนินกิจการโทรคมนาคม ซึ่งรวมทั้งการให้บริการให้เช่าวงจรสื่อสารสัญญาณความเร็วสูงภายในประเทศ และให้บริการเฟรมรีเลย์ (Frame Relay) ภายในประเทศ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะด้านสื่อสารโทรคม ที่อยู่ในความรับผิดชอบของการสื่อสารแห่งประเทศไทย สัญญาฉบับนี้มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาไว้ ดังนี้

ข้อ 10. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

10.1 การเพิ่มเติม แก้ไข ปรับปรุงหรือการเปลี่ยนแปลงใดๆ แห่งสัญญา จะกระทำได้ก็แต่โดยมติเอกฉันท์ของคู่สัญญา โดยทำเป็นหนังสือตามรูปแบบและวิธีการเช่นเดียวกับการทำสัญญา

จากข้อกำหนดหรือเงื่อนไขดังกล่าวจะเห็นว่า เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการแก้ไขสัญญาโดยการเจรจาและเห็นชอบร่วมกันของคู่สัญญาอย่างชัดเจนตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป อย่างไรก็ตามสำหรับกระบวนการแก้ไขนั้น อาจมีความแตกต่างอยู่บ้างตรงที่หน่วยงานของรัฐมีขั้นตอนการปฏิบัติตามสายบังคับบัญชาและจะต้องยึดกับระเบียบแบบแผนของการทำโทษในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้มิให้เป็นการเสนอข้อมูลซ้ำซ้อน ขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขสัญญาลักษณะเช่นนี้จะนำเสนอไว้ในหัวข้อ 4.2.3 ว่าด้วยการแก้ไขโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปและการเจรจา เพราะโดยหลักการแล้วก็คือการแก้ไขโดยความตกลงยินยอมของคู่สัญญาเช่นเดียวกัน

4.1.2 การแก้ไขโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปและการเจรจา

การแก้ไขสัญญาทางปกครองในลักษณะใช้หลักกฎหมายทั่วไปและการเจรจานั้นเป็นเรื่องการนำหลักสัญญาทางแพ่งหรือกฎหมายเอกชนมาเป็นแนวปฏิบัติ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วการใช้วิธีเช่นนี้จะดำเนินการเมื่อเห็นว่าการเจรจาจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่เหมาะสมทั้งในส่วนของประโยชน์สาธารณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดูแลและประโยชน์ของฝ่ายเอกชนคู่สัญญา และเป็นวิธีการพื้นฐานที่จะมีข้อขัดแย้งน้อยที่สุดถ้าสามารถบรรลุข้อตกลงที่เป็นที่พอใจของทั้ง 2 ฝ่าย*

ในการศึกษาเนื้อหาในส่วนนี้ จะนำรายละเอียดของการแก้ไขสัญญา 2 ประเภทมาทำการศึกษาคือ

1. สัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การเลือกสัญญาตามระเบียบฉบับนี้มาทำการศึกษา เนื่องจากเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีการใช้งานมากที่สุดและหลายๆสัญญาที่เป็นสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นสัญญาทางปกครอง เป็นกรณีสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ เป็นต้น นอกจากนั้น แนวทางการแก้ไขสัญญาตามระเบียบพัสดุ พ.ศ. 2535 ยังเป็นแนวทางหรือหลักเกณฑ์มาตรฐานซึ่งนำไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองประเภทอื่นๆ ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

* ถือเป็นการจัดทำสัญญาขึ้นใหม่ในเงื่อนไขส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาเดิม ซึ่งใช้หลักคำเสนอคำสนองในเรื่องสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

2. สัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นแนวทางที่กำหนดไว้โดยเฉพาะสำหรับสัญญาทางปกครองประเภทนี้

4.1.2.1 การแก้ไขสัญญาของรัฐตามแนวทางของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ในการทำสัญญาของรัฐจะมีขั้นตอนที่เกี่ยวข้องคือ ก่อนการเกิดสัญญาก็จะมีการคัดเลือกโดยวิธีตกลงราคาหรือสอบราคา ประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ E-Auction มีการเจรจาและยกร่างสัญญาและการลงนามสัญญาซึ่งสัญญาจะเริ่มมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาเป็นจุดเริ่มต้นของการเกิดสัญญา (Effective of contract) เมื่อมีการลงนามสัญญาแล้วคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็จะผูกพันตามสิทธิและหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาเป็นขั้นตอนเกี่ยวกับการบริหารจัดการให้ปฏิบัติตามสัญญา ในระหว่างสัญญามีผลบังคับหากจะต้องมีการแก้ไขสัญญา หลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาของรัฐจะเป็นอย่างไร เมื่อพิจารณาจากการเป็นสัญญาของรัฐในประเภทต่างๆ ซึ่งได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา มีเพียงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 136 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุไว้ โดยมีหลักว่าสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือแล้วแต่กรณีด้วย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้น หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาการส่งมอบของหรือระยะเวลาในการทำงานให้ตกลงไปพร้อมกัน ดังนั้น สัญญาของรัฐประเภทอื่น ๆ นั้น การแก้ไขสัญญาของรัฐก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยอนุโลม ข้อพิจารณาในการแก้ไขสัญญาของรัฐ มีดังต่อไปนี้

1. ก่อนมีการแก้ไขสัญญาของรัฐที่มีการลงนามแล้วจะต้องมีการเจรจาระหว่างคู่สัญญาในเบื้องต้นก่อนว่าจะมีการแก้ไขสัญญา เนื่องจากสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็จะต้องมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจลงนามผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

2. ประเด็นที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น แก้ไขสัญญาเดิมจากอะไรเป็นอะไร ทั้งนี้เพื่อคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นๆ เป็นกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการหรือไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ ข้อพิจารณาประกอบการแก้ไขสัญญานั้นขึ้นอยู่กับที่มาของการแก้ไขและข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

3. การแก้ไขโดยกรณีเป็นความจำเป็นจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศลงนามตั้งแต่ปี พ.ศ. 2534 มีการแก้ไขดังนี้

ครั้งที่ 1 โดยเหตุที่บริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชันส์ จำกัด ผู้รับสัมปทาน ได้จัดตั้งบริษัทใหม่คือ บริษัท ชินวัตรแซทเทลไลท์ จำกัด ขึ้นเป็นบริษัทใหม่ตามข้อกำหนดในสัญญา

ครั้งที่ 2 โดยเหตุที่บริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชันส์ จำกัด ได้จดทะเบียนแปรสภาพจากบริษัทจำกัดเป็นบริษัทมหาชนจำกัด คือ บมจ.ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชันส์

ครั้งที่ 3 โดยเหตุที่อาคารสถานีควบคุมดาวเทียมเป็นที่ราชพัสดุ จึงต้องแยกเฉพาะการประกันอสังหาริมทรัพย์สถานีควบคุมดาวเทียมให้เป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขตามสัญญาเช่าที่ราชพัสดุ

ครั้งที่ 4 โดยเหตุที่บริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชันส์ จำกัด (มหาชน) ได้เปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ชินวัตรแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) ได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน)

การแก้ไขสัญญาหลักทั้ง 4 ครั้งข้างต้นนั้นโดยเหตุจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อเป็นการดำเนินการตามข้อกำหนดในสัญญาหรือโดยข้อเท็จจริงที่มีการเปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง เช่นนั้น แม้มิใช่เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ (เพราะทางราชการมิได้ขอแก้ไข) แต่การพิจารณาว่าการแก้ไขสัญญาจะเป็นความจำเป็นหรือไม่นั้น ควรจะพิจารณาถึงความจำเป็นตามคำขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ในกรณีนี้จึงเป็นการแก้ไขสัญญาโดยความจำเป็นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย เหตุผลข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปจึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขสัญญา

4. การแก้ไขสัญญาโดยเป็นกรณีจำเป็นของคู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีภายหลังจากการลงนามสัญญา

สัญญาจ้างก่อสร้างทางพิเศษสายบางพลี-สุขสวัสดิ์ (บางพลี-บางขุนเทียน) ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ลงนามตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547

มติคณะรัฐมนตรีแจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร 0506/7785 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม 2550 เกี่ยวกับมาตรการช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้างในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการหักหลักประกันผลงาน โดยมีผลให้สัญญาจ้างก่อสร้างของทางราชการที่ได้ลงนามไว้แล้ว และยังมีนิติสัมพันธ์อยู่ และมีเงื่อนไขการหักเงินประกันผลงานให้ส่วนราชการรัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่น

ของรัฐพิจารณาแก้ไขสัญญาในเรื่องของการหักเงินประกันผลงาน โดยให้ใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคาร แทนการหักเงินประกันผลงาน การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงได้พิจารณาแก้ไขสัญญาจ้างก่อสร้างที่ลงนามไว้แล้วและยังมีนิติสัมพันธ์อยู่ และมีเงื่อนไขในสัญญาเรื่องการหักเงินประกันผลงานจากเงินค่าจ้าง เพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาโดยเพิ่มเติมข้อความต่อไปนี้ให้เป็นการเพิ่มเติมสัญญาเดิม

นับแต่วันทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้เป็นต้นไป ในการจ่ายเงินให้แก่ผู้รับจ้างแต่ละงวดงาน ผู้ว่าจ้างจะหักเงินจำนวนร้อยละ 10 (สิบ) ของเงินที่ต้องจ่ายในงวดนั้นไว้เพื่อเป็นหลักประกันผลงาน โดยผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะนำหนังสือค้ำประกันเต็มตามจำนวนเงินประกันผลงานในงวดนั้นๆ ซึ่งออกโดยธนาคารภายในประเทศตามที่ผู้ว่าจ้างให้ความเห็นชอบมาวางไว้แทนการหักเงินประกันผลงานดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องรอให้หักไว้ไม่ต่ำกว่า 6 (หก) งวด เสียก่อน ส่วนเงินประกันผลงานที่ผู้ว่าจ้างได้หักไว้แล้ว ผู้รับจ้างมีสิทธิขอรับคืนโดยผู้รับจ้างจะต้องนำหนังสือค้ำประกันเต็มตามจำนวนเงินที่จะขอรับคืนซึ่งออกโดยธนาคารในประเทศตามที่ผู้ว่าจ้างให้ความเห็นชอบมาวางไว้ต่อผู้ว่าจ้างเพื่อเป็นหลักประกัน แทนเช่นเดียวกัน

5. การพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับไม่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ทางราชการ ในส่วนนี้หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาว่าประเด็นที่จะแก้ไขนั้นส่งผลหรือกระทบต่อ

- ความเป็นธรรมแก่ผู้เสนอราคารายอื่น
- ราคาค่าจ้างหรือราคาค่าสิ่งของตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้าง
- ส่วนแบ่งรายได้ที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาให้สิทธิเอกชน

เข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐ

- เจตนารมณ์ของสัญญา
 - ลดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือเพิ่มขยายระยะเวลาการได้สิทธิ
- ตามสัญญา
- ลดความรับผิดชอบที่กำหนดในสัญญา

การพิจารณาประเด็นทางราชการเสียประโยชน์หรือไม่ ในประเด็นเรื่องส่วนแบ่งรายได้นั้น ผู้เกี่ยวข้องในการแก้ไขสัญญาภาครัฐยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่บ้าง โดยเฉพาะในบางเวลาปัญหาเศรษฐกิจในระดับมหภาคหรือความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีตามยุคสมัย ย่อมส่งผลกระทบต่อส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ การลดส่วนแบ่งรายได้ที่ควรได้รับตามข้อกำหนดของสัญญาที่หน่วยงานของรัฐพึงได้รับกับการอุดหนุนของธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นสิ่งที่ผู้พิจารณา

จะต้องหาสมดุลให้เกิดขึ้นในการบริหารสัญญาความสมดุลที่จะเกิดขึ้นน่าจะมีใช้อยู่บนพื้นฐานของค่าทางการเงิน (in cash) เพียงอย่างเดียว ปัจจัยอื่นที่มีใช้เรื่องทางการเงิน (in kind) ก็ควรจะได้รับการพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการแก้ไขสัญญาด้วย

6. การบริหารสัญญาโดยการแก้ไขสัญญา การพิจารณาแก้ไขสัญญาในกรณีนี้จะเกิดขึ้น หากผู้ขายส่งของไม่ถูกต้องตามสัญญา แต่ส่วนราชการผู้ซื้อประสงค์จะรับของไว้ใช้ในราชการต่อไป ส่วนราชการผู้ซื้อจะต้องดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 และที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 53 (ในขณะนั้น) โดยจะต้องแก้ไขคุณลักษณะเฉพาะของสิ่งของตามสัญญาใหม่ นอกจากนี้ หากการแก้ไขดังกล่าวกระทบถึงเรื่องราคาหรือระยะเวลา ก็จะต้องแก้ไขราคาและกำหนดเวลาส่งมอบของใหม่ด้วย สำหรับกำหนดเวลาส่งมอบของใหม่นั้นจะต้องเป็นวันหลังจากวันที่ที่ได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว และเมื่อทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว คณะกรรมการตรวจรับพัสดุจึงตรวจรับสิ่งของของผู้ขายส่งมอบนั้นได้ (หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร (กwp) 1002/5067 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2534)

4.1.2.2 การแก้ไขสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการทำงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ดังที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่า การแก้ไขสัญญาจะเป็นขั้นตอนของการบริหารจัดการให้เป็นไปตามสัญญา หลังจากที่มีการลงนามในสัญญาเรียบร้อยแล้ว ซึ่งในส่วนของสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการทำงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้น ได้กำหนดกฎเกณฑ์และแนวทางในการดำเนินการเอาไว้ดังนี้

หมวด 4

การกำกับดูแลและติดตามผล

มาตรา 22 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

มาตรา 23 ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 มีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

(1) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา

(2) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหาและแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

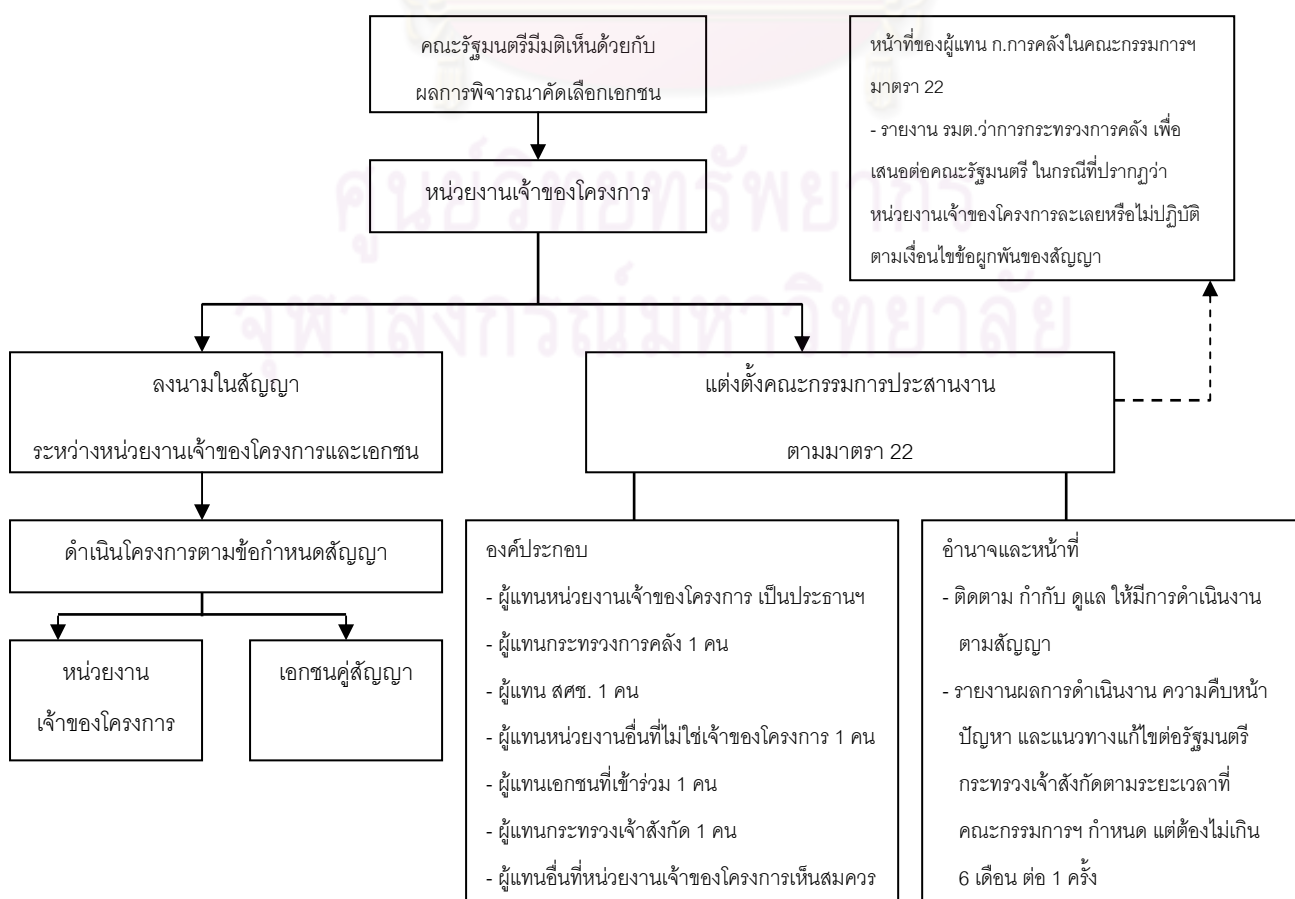
ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (2) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

มาตรา 24 ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาที่ลงนามไปแล้ว ให้ผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

จากหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมาตรา 22 และมาตรา 23 ข้างต้นจะเห็นว่าการแก้ไขสัญญานั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามมาตรา 23 (2) แต่ขั้นตอนการดำเนินการที่ชัดเจนไม่ได้ระบุเอาไว้โดยชัดเจนในกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งนี่คือกรณีปัญหาที่จะนำไปพิจารณาและวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป อย่างไรก็ตามในส่วนนี้ จะแสดงให้เห็นขั้นตอนเฉพาะเท่าที่ปรากฏในกฎหมายฉบับนี้ ดังนี้

กระบวนการ : การกำกับดูแลและติดตามผล

ตามมาตรา 22 และ 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535



ประเด็นสำคัญในส่วนนี้อยู่ที่ว่าคณะกรรมการตามมาตรา 22 นั้นจะมีตัวแทนของฝ่ายรัฐไม่เกิน 8 คน และฝ่ายเอกชนคู่สัญญา 1 คน รวมกันเป็นกรรมการซึ่งเท่ากับว่าเป็นการทำงานที่ต้องปรึกษาหารือกันในคณะกรรมการในทุกเรื่องรวมทั้งกรณีหากมีกระบวนการแก้ไขสัญญา ก็ต้องมีการหารือกันก่อนจึงถือว่าการแก้ไขสัญญาเป็นไปตามหลักการเจรจาและหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง แต่จากตารางข้างต้นจะยังเห็นได้ชัดเจนว่ากรณีที่เกิดปัญหาขึ้นจากผลการดำเนินงานและมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาแล้วจะต้องดำเนินการแก้ไขโดยกระบวนการและหลักกฎหมายใดจึงจะถูกต้องสมบูรณ์ ส่วนนี้จึงถือว่าเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ชัดเจนของการแก้ไขสัญญาทางปกครองของไทยในขณะนี้ซึ่งจะมีการวิเคราะห์ปัญหาโดยละเอียดในบทที่ 5 ต่อไป

กรณีศึกษาการแก้ไขสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการทำงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

สามารถศึกษาได้จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครอง และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549¹

“ซึ่งสรุปได้ว่า เมื่อผู้คัดค้านได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ แล้ว ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา ผู้คัดค้านได้ร้องขอให้เพิ่มเติมข้อสัญญา จนกระทั่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้เพิ่มเติมเป็นข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงาน ซึ่งข้อสัญญาที่ผู้คัดค้านขอเพิ่มภายหลังจากการได้รับคัดเลือกแล้วเป็นข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบไว้แล้ว ในสาระสำคัญ.... ผู้ร้องจะต้องเสนอการขอเพิ่มเติมสัญญาที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้เคยให้ความเห็นชอบไว้แล้วต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง..... สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ที่ได้มีการเพิ่มเติม ข้อ 5 วรรคสี่ โดยมีได้มีการเสนอการขอเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่งจึงขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ สัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ 5 วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเข้าร่วมงานฯ ในข้ออื่น ๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย

¹ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, นารี ตันทเสถียร, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาสัญญาของรัฐ (Government Contracts) : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 17 มิถุนายน 2552.

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 292/2550²

หากสัญญาเกิดขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีผลใช้บังคับ แต่ภายหลังได้มีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวโดยที่มีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าว สัญญาดังกล่าวจะยังมีผลอยู่ครบเท่าที่ังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผล โดยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น ๆ คู่สัญญายังมีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้กระทำไว้แล้ว แต่คณะรัฐมนตรีก็สามารถเพิกถอนสัญญาได้ โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานตาม มาตรา 22 จะเป็นผู้มีหน้าที่ในการเสนอข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 292/2550 เรื่องการบังคับให้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า ระหว่างบริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ที่ระบุว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการตามกรณีข้อหาหรือ ดำเนินการไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานฯ ซึ่งมีผลใช้บังคับในขณะที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการฯ เนื่องจากมิได้มีการเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 พิจารณา และมีได้เสนอคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการฯ ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการตามนัยแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวดังที่ได้วินิจฉัยข้างต้น การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการฯ โดย กสท. ซึ่งเป็นคู่สัญญาซึ่งกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย อยางไรก็ดี กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกออกจากสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำได้ และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ครบเท่าที่ังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น หากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอนผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะแล้วว่าการดำเนินการไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะต้องเพิกถอนสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ขอที่จะเพิกถอนสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้น แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะและเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้ดุลยพินิจพิจารณาให้ความเห็นชอบให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการฯ ได้ตามความเหมาะสม โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เป็นผู้ดำเนินการเสนอข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีต่อไป”

² เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง “พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และผลกระทบต่อการลงทุนของเอกชน ในโครงการขนาดใหญ่”, จัดโดยสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด : กรุงเทพฯ, วันที่ 16 มิถุนายน 2552.

4.2 หลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว

หลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวคืออำนาจของฝ่ายปกครองนั้น เป็นลักษณะการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อคุ้มครองฝ่ายเอกชน ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยมีหลักการพื้นฐานอยู่ที่ความรับผิดชอบในการให้บริการสาธารณะเป็นของรัฐ และการรักษาผลประโยชน์สาธารณะนั่นเอง สำหรับสัญญาทางปกครองของไทยนั้นก็รับเอาหลักการนี้มาไว้ในระบบสัญญาทางปกครองของไทยด้วยเช่นกัน ในการศึกษาจะแบ่งประเด็นออกเป็น 2 ส่วนคือ

1. การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว กรณีกำหนดเอาไว้ในกฎหมายหรือสัญญาทางปกครอง

2. การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว กรณีไม่ได้กำหนดเอาไว้ในกฎหมายหรือสัญญาทางปกครอง

โดยจะพิจารณาไปตามลำดับ

4.2.1 กรณีกำหนดเอาไว้ในกฎหมายหรือสัญญาทางปกครอง

ในหัวข้อนี้จะมีการพิจารณาแยกเป็น 2 ส่วนคือ การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว กรณีกำหนดเอาไว้ในกฎหมาย กับกรณีแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว กรณีกำหนดเอาไว้ในสัญญาทางปกครอง

4.2.1.1 กรณีกำหนดเอาไว้ในกฎหมาย

มีกฎหมายเป็นจำนวนมากที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยบัญญัติอำนาจดังกล่าวหรือที่รู้จักกันทั่วไปว่าคือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเอาไว้ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะนำเสนอกฎหมายที่สำคัญต่างๆ ที่บัญญัติเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

ก. พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

เอกสิทธิ์ตามกฎหมายหรือการให้สิทธิพิเศษโดยกฎหมายบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว กรณีสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ มาตรา 68 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ที่กันสิ้นสุดลงทั้งแปลง หรือให้สิทธิสามารถสั่งให้หยุดทำกิจการที่ได้รับสัมปทานชั่วคราวหรือสั่งตัดพื้นที่สัมปทานได้ตามกฎหมายป่าไม้เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอย่างแท้จริง เพราะเป็นการให้สิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีผลบังคับต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าว อีกทั้งเป็นสิทธิที่ฝ่ายรัฐมีอยู่เพียงฝ่าย

เดียว โดยสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ทันที เมื่อมีเหตุจำเป็นคือต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานป่าไม้เพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะให้รัฐมนตรีเสนอเรื่องโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดำเนินการดังกล่าวได้โดยใช้อำนาจตามกฎหมาย

ข. พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510

พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตี เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทาน ในเขตอาชญาบัตรแร่ หรือประทานบัตรแร่ชั่วคราว ความจำเป็นในการแก้ไขนี้ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันได้แก่ กิจการสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียกอาชญาบัตรแร่ ประทานบัตรแร่ชั่วคราว หรือประทานบัตรได้เป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานของสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การพิจารณาความจำเป็นนี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือทำนุบำรุงให้สังคมในการดำเนินกิจกรรมไปด้วยความสงบสุขเท่านั้น บริการสาธารณะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับรัฐและการใช้อำนาจรัฐ เพื่อส่วนรวม ประโยชน์สาธารณะไม่ได้มีลักษณะเหมือนเป็นผลรวมของประโยชน์ของเอกชน หรือของกลุ่มผลประโยชน์ในสังคม แต่ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือผลประโยชน์ดังกล่าวเพื่อสนองความต้องการในสังคมมากที่สุด

ค. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515

คณะปฏิวัติได้มีการออกประกาศเพื่อควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน เพื่อให้รัฐมีอำนาจควบคุมกิจการสาธารณูปโภคให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการ โดยมีกิจการที่ควบคุม ดังนี้ (1) การรถไฟ (2) การรถราง (3) การชุดคลอง (4) การเดินอากาศ (5) การประปา (6) การชลประทาน (7) การไฟฟ้า (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา โดยการให้สัมปทานเหล่านี้ ฝ่ายรัฐมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขต่างๆ เมื่อฝ่ายรัฐเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน ฝ่ายรัฐกำหนดจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขใดในภายหลังก็ได้ แต่ต้องเป็นมีเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้เป็นการให้อำนาจเอกสิทธิ์เมื่อฝ่ายรัฐเห็นว่ามีความจำเป็นอันเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายรัฐโดยเด็ดขาด ฝ่ายเอกชนย่อมไม่มีสิทธิโต้แย้งในเหตุดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวถึงประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ปว.58) พ.ศ. 2515 มาโดยสรุปในตอนต้นแล้ว ในส่วนนี้จะพิจารณาถึงบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ตามกฎหมายที่รัฐโดย

ฝ่ายปกครองมีอยู่เหนือเอกชนที่เข้ามาร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานไปโดยกฎหมายฉบับนี้นั้นคือตามมาตรา 7 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ปว.58) บัญญัติว่า

“ข้อ 7 ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานตามข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้

เงื่อนไขที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร”

ซึ่งจากการที่บัญญัติกฎหมายไว้เช่นนี้ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขสัญญาสัมปทานที่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างไรก็ได้ตามที่เห็นสมควร เพียงแต่ต้องให้เวลาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เหมาะสมเท่านั้น

ทั้งนี้ได้มีการประกาศของฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 7 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ปว.58) อยู่เป็นระยะๆ ตามที่ฝ่ายปกครองเห็นสมควร ตัวอย่างเช่น

- ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตให้ประกอบกิจการท่าเรือ ซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามข้อ 3(9) แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ปว.58) ซึ่งตามข้อ 4 ของประกาศฉบับนี้กำหนดว่า

“ข้อ 4 ผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีให้ประกอบกิจการท่าเรือจะต้อง

- (1) ประกอบกิจการเฉพาะที่รัฐมนตรีอนุญาต
- (2) เรียกเก็บเงินค่าบริการไม่เกินอัตราที่แจ้งไว้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีให้เปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการได้
- (3) ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนด

ซึ่งข้อ (3) นี้ยังเป็นการบัญญัติขั้วลงไปอีกว่ารัฐมนตรีสามารถกำหนดเงื่อนไขให้ปฏิบัติ (ซึ่งรวมทั้งจะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขอย่างไร) เช่นไรก็ได้

ส่วนหากกรณีผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามข้อ 4 จะมีบทลงโทษตามข้อ 5 คือ

ข้อ 5 ในกรณีที่ผู้ซึ่งได้รับอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อ 4 รัฐมนตรีจะมีคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ซึ่งได้รับอนุญาตงดเว้นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน ให้แก้ไขหรือให้ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่รัฐมนตรีกำหนด

ถ้าผู้ซึ่งได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรีภายในเวลาที่กำหนดให้ถือว่าใบอนุญาตให้ประกอบกิจการท่าเรือเป็นอันสิ้นสุดลงนับแต่วันถัดไปจากวันที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ โดยไม่เป็นการยกเว้นโทษสำหรับการกระทำตามวรรคหนึ่ง

ส่วนทางด้านเอกชนคู่สัญญานั้น เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเงื่อนไขตามใบอนุญาตจะมีหลักเกณฑ์ตรงกันข้ามกับฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ถ้าต้องการเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติหรือเงื่อนไขใดต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองก่อนจึงจะทำได้ ซึ่งได้บัญญัติไว้ชัดเจนในข้อ 6 ของประกาศฉบับนี้คือ

ข้อ 6 ผู้ใดประสงค์จะเปลี่ยนแปลงลักษณะของการประกอบกิจการท่าเรือให้ต่างออกไปจากที่ได้รับอนุญาตไว้ ให้ยื่นคำขอรับอนุญาตเปลี่ยนแปลงต่อรัฐมนตรีเช่นเดียวกับผู้ประสงค์จะประกอบกิจการท่าเรือตามข้อ 2 และต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งประกาศนี้ทุกประการ

จากตัวอย่างประกาศของฝ่ายปกครองที่นำมาพิจารณาข้างต้นจะเห็นว่าเป็นไปตามหลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองในเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐที่กำหนดเอาไว้โดยกฎหมายโดยเฉพาะกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวอย่างชัดเจน และประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ปร.58) นี้ยังมีผลใช้บังคับอย่างสมบูรณ์ แม้ว่าจะมีการเพิ่มเติมหลักการได้มาของผู้รับสัมปทานหรือรับสิทธิในการทำสัญญากับรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เช่นนั้นอีกภายหลังก็ตาม แต่การได้รับสิทธิในเบื้องต้นยังคงต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ปร.58) ฉบับนี้

ง. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานราชการตามสัญญาที่กำหนดโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 136 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นที่ได้ลงนามแล้วจะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ กรณีเป็นหลักเกณฑ์ของสัญญาฝ่ายรัฐที่ต้องห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงใดๆ ทั้งสิ้น แต่มีข้อยกเว้น คือ ในกรณีฝ่ายรัฐมีความต้องการแก้ไขนั้นต้องเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่หากมีการเพิ่มวงเงิน และทำให้วงเงินสูงเกินอำนาจสั่งการของหัวหน้าส่วนราชการให้เสนอปลัดกระทรวงพิจารณา แต่ทั้งนี้จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือ ระเบียบฯ ข้อที่ไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเพื่อประโยชน์ของราชการในการแก้ไขสัญญาจึงเป็นการให้อำนาจเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายรัฐ

จ. พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 22 ฝ่ายรัฐมีหน้าที่ให้บริการแก่ประชาชนในการใช้เส้นทางหลวงต่างๆ ทั่วประเทศเมื่อเส้นทางคมนาคมไม่เพียงพอ ฝ่ายรัฐได้มีกรให้สัมปทานแก่ฝ่ายเอกชน เมื่อมีเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายรัฐมีอำนาจเข้ายึดครองครอบงำทางหลวงสัมปทานก่อนอายุสัมปทานสิ้นอายุได้ และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ การดำเนินการต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อนในปัจจุบันทางหลวงสัมปทาน คือ ทางหลวงที่รัฐบาลได้ให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงที่ได้รับสัมปทานและได้ลงทะเบียนเป็นทางหลวงสัมปทาน ปัจจุบันกรมทางหลวงมีสัมปทาน 1 สายคือ ทางยกระดับบนถนนวิภาวดีรังสิต³

ฉ. พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 มาตรา 50 ฝ่ายรัฐให้สัมปทานดำเนินกิจการน้ำมันเชื้อเพลิงแก่ฝ่ายเอกชน เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายรัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทาน ความจำเป็นนี้ต้องเป็นเหตุการณ์ร้ายแรงหรือเกิดวิกฤตการณ์ของประเทศ กฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายรัฐ เพื่อให้การควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิงให้มีเสถียรภาพเมื่อเกิดมีเหตุการณ์ที่ประชาชนได้รับความเดือดร้อนจากการใช้น้ำมันเชื้อเพลิง โดยรัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ให้ใช้ค่าทดแทน โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม เมื่อใช้อำนาจเอกสิทธิ์แล้วก็ได้กำหนดค่าทดแทนไว้ด้วย

ช. พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

มาตรา 33 เมื่อการประปาส่วนภูมิภาคมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ในการวางหรือจัดสร้างระบบการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา ถ้าไม่สามารถตกลงในเรื่องการโอนกันได้ให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

ฐ. พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535

มาตรา 29 เพื่อประโยชน์แก่การระงับหรือป้องกันอันตรายที่อาจมีแก่บุคคลหรือทรัพย์สิน หรืออนามัยของประชาชน หรือความมั่นคงของประเทศ อธิบดีมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ผลิตพลังงานควบคุมปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง ซ่อมแซม หรือบูรณะอาคาร เครื่องจักร เครื่องอุปกรณ์ เครื่องมือหรือเครื่องใช้ จัดหา หรือสร้างสิ่งใดๆ ซึ่งจะขจัดหรือป้องกันอันตราย งดการผลิต การส่ง การใช้ หรือการจำหน่ายพลังงาน ควบคุมเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะได้ปฏิบัติตามคำสั่ง

³ กรมทางหลวง, ประเภททางหลวง [Online], กันยายน 2549 , แหล่งที่มา http://www.doh.go.th/dohweb/data/data_1.html.

ณ. พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 31 เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของชาติหรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติที่อาจเกิดความเสียหายต่อส่วนรวม หรือเพื่อการดำเนินการให้เป็นประโยชน์สาธารณะเป็นส่วนรวม เมื่อรัฐบาลร้องขอต่อคณะกรรมการ ให้คณะกรรมการดำเนินการเพื่อให้มีการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้รับใบอนุญาต และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ในกรณีเช่นนี้ให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ

ญ.พระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543

มาตรา 8 การค้า และการขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิง ผู้ค้าน้ำมันที่มีปริมาณการค้าตั้งแต่ละชนิด หรือรวมกันทุกชนิดปีละครั้งตั้งแต่หนึ่งแสนเมตริกตันขึ้นไป หรือเป็นผู้ค้าน้ำมันชนิดก๊าซปิโตรเลียมเหลวแต่เพียงชนิดเดียว ที่มีปริมาณการค้าปีละตั้งแต่ห้าหมื่นเมตริกตันขึ้นไป ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการออกใบอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการการค้าใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของประเทศ การป้องกันและแก้ไขการขาดแคลนน้ำมันเชื้อเพลิง รวมทั้งการกำหนดและควบคุมคุณภาพน้ำมันเชื้อเพลิง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว และในกรณีที่ยังมิได้มีการกำหนดเงื่อนไข รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่เห็นสมควรก็ได้

ฎ. พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

มาตรา 53 ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการใด เพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติแก้ไขให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย แจ้งให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการนั้น ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่กระทำการหรือแก้ไขการนั้น ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นผู้กระทำการหรือแก้ไขการนั้น โดยให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว

ในกรณีที่ คณะรัฐมนตรีมีมติเพิกถอนให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย มีอำนาจเข้าครอบครองกิจการที่ให้สัมปทานได้ และให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามความเป็นจริงแต่ไม่เกินจำนวนเงินค่าทดแทนที่กำหนดในสัมปทานในกรณีที่จำเป็นต้องจ่ายเงินค่าทดแทน

ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนไว้ ให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง เพื่อกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทน ที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับสัมปทาน ประกอบด้วย ผู้แทนของผู้รับสัมปทาน ผู้แทนการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ผู้มีความรู้ความ

ชำนาญในการประเมินราคาทรัพย์สินและผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคนเป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี

ทั้งนี้ให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัยชี้ให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว การกำหนดเงินค่าทดแทนของคณะกรรมการอาจกำหนดค่าเสียโอกาสให้ด้วยก็ได้

4.2.1.2 กรณีที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา

โดยหลักการและแนวปฏิบัติที่ใช้อยู่ในการจัดทำสัญญาทางปกครองของประเทศไทยนั้นร่างสัญญาของรัฐทุกฉบับจะต้องผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดเว้นแต่เป็นสัญญาที่หน่วยงานเห็นว่ารัฐไม่เสียหาย ซึ่งมีความหมายโดยนัยว่าเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาโดยทั่วไปรัฐจะเป็นผู้กำหนด เช่น สัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สัญญาเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นซื้อขายหรือจ้างทำของหรือจ้างที่ปรึกษาแล้วแต่เป็นแบบสำเร็จรูปและจะไม่มีการปรับเปลี่ยนไปเป็นอย่างอื่น (ถ้าต้องการปรับเปลี่ยนเพราะเหตุจะก่อประโยชน์มากกว่าหรือทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ดีกว่า ก็ต้องเสนอให้คณะกรรมการว่าด้วยพัสดุ – กวพ. พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน) ดังนี้เมื่อรัฐเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขสำคัญหากรัฐเห็นว่าควรจะใช้เอกสิทธิ์ในเรื่องใดเอาไว้ก็สามารถทำได้ทันที เช่น เรื่องการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเรื่องการยกเลิกสัญญาและค่าปรับ ค่าเสียหายต่างๆ (แต่ผลของการใช้สิทธิที่เป็นเอกสิทธิ์เหล่านี้ในหลักการของศาลปกครองจะเป็นเช่นใด จะนำมาศึกษาในส่วนตัวต่อไป) นั่นคือหากรัฐมีความจำเป็นที่จะใส่เงื่อนไขในเรื่องการแก้ไขสัญญาโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐเอาไว้ในสัญญาทางปกครองฉบับใด รัฐก็จะกำหนดเงื่อนไขเอาไว้อย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้ก็มีข้อสังเกตว่าโดยทั่วไปแล้วการระบุเอกสิทธิ์เอาไว้ในสัญญาทางปกครองจะระบุเรื่องการแก้ไขสัญญา โดยการเจรจาของคู่สัญญาเอาไว้ด้วยประกอบกัน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการรักษาคุณภาพของประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ของเอกชน กรณีศึกษาที่นำมาพิจารณาต่อไปจะเห็นประเด็นนี้อย่างชัดเจน

ตัวอย่างกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ (การสื่อสารแห่งประเทศไทย) กับเอกชน (บริษัท อควิเมนต์ จำกัด) จัดตั้งบริษัทชื่อ บริษัท สมาร์ทไฮเวย์ จำกัด เพื่อให้บริการสาธารณะประเภทสื่อสารโทรคมนาคม (บริการวงจรความเร็วสูงภายในประเทศ) ซึ่งในเงื่อนไขการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญากำหนดเอาไว้ว่า

ข้อ 10 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

10.1 การเพิ่มเติม แก้ไข ปรับปรุง หรือการเปลี่ยนแปลงใดๆ แห่งสัญญานี้ เว้นแต่กรณีที่เป็นมติของคณะรัฐมนตรีจะกระทำได้อีกแต่โดยมติเอกฉันท์ของคู่สัญญา โดยทำเป็นหนังสือและคู่สัญญาลงนามรับรองไว้ทุกครั้งเช่นการลงนามในสัญญานี้

กรณีที่มีมติของคณะรัฐมนตรีที่ออกในระหว่างอายุสัญญาซึ่งมีผลให้จำเป็นต้องเพิ่มเติม แก้ไข ปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงแห่งสัญญานี้ในส่วนที่เกี่ยวข้อง คู่สัญญาตกลงที่จะดำเนินการเพิ่มเติม แก้ไข ปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงสัญญานี้ให้สอดคล้องกับมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว

10.2 ในเวลาใดๆ ต่อมา ถ้าข้อกำหนดใดๆ ในสัญญานี้ไม่สมบูรณ์ขัดต่อกฎหมายหรือใช้บังคับไม่ได้ไม่ว่าในลักษณะใดๆ ความสมบูรณ์หรือความถูกต้องต่อกฎหมายหรือการใช้บังคับของข้อกำหนดอื่นๆ จะไม่ถูกระทบกระเทือนแต่อย่างใด และคู่สัญญาตกลงที่จะดำเนินการตามข้อ 10.1 เพื่อให้ได้ข้อกำหนดที่สมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย และบังคับใช้ได้ซึ่งสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือวัตถุประสงค์อื่นเท่าที่จะเป็นไปได้ให้มากที่สุดแทนข้อกำหนดใดๆ ที่ไม่สมบูรณ์หรือขัดต่อกฎหมายหรือใช้บังคับไม่ได้

จากเงื่อนไขที่ระบุไว้ในข้อสัญญาข้างต้นจะพบว่า

1. ในส่วนที่เป็นเรื่องสำคัญของฝ่ายปกครอง คือ เรื่องที่เป็นมติคณะรัฐมนตรีสัญญากำหนดให้การแก้สัญญาสามารถทำได้ทันทีเพื่อให้สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นสิทธิที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2. แต่หากเป็นเรื่องทั่วไป ไปซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์หรือความต้องการของคู่สัญญาโดยตรงนั้น การแก้ไขใช้หลักความตกลงยินยอมของคู่สัญญาคือมติเอกฉันท์ของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายเอกชน

โดยสรุปแล้วอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเอาไว้ได้ในสัญญาอย่างชัดเจน แต่จะกำหนดขอบเขตแค่ไหนเพียงใดขึ้นอยู่กับความประสงค์ของฝ่ายปกครองเอง ซึ่งโดยหลักการแล้วเรื่องที่จะกำหนดให้เป็นอำนาจแก้ไขฝ่ายเดียวควรจะเป็นเรื่องสำคัญของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง มิเช่นนั้นจะเป็นการกระทบต่อสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากเกินไปตามหลักเกณฑ์เรื่องการประสานดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญา

เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นหากเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบมาตรฐานเช่นเดียวกับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุหน่วยงานฝ่ายปกครองเองจะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่าง ดังนั้นเงื่อนไขหลักๆที่ต้องกำหนดในสัญญา เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา การเลิกสัญญา ฯลฯ ก็จะมีรูปแบบและหลักเกณฑ์เป็นแบบอย่างเดียวกัน ซึ่งผู้สนใจสามารถศึกษาได้จากสัญญาประเภทต่างๆ ที่ได้นำเสนอเอาไว้แล้วในตอนต้นของบทนี้

4.2.2 กรณีไม่ได้กำหนดเอาไว้ในกฎหมายแต่เป็นแนวทางการตามคำพิพากษาของศาล

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวกรณีไม่ได้กำหนดเอาไว้ในสัญญาทางปกครองนั้น ถือเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอย่างแท้จริงซึ่งเป็นแนวทางการให้บริการสาธารณะโดยสัญญาทางปกครองตามกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ดังที่ได้ทำการศึกษามาแล้วกรณีดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ฝ่ายตุลาการคือศาลปกครองสูงสุด (ซึ่งของฝรั่งเศสคือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ) ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เอาไว้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

กรณีศึกษา

สำหรับประเทศไทยนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเอาไว้เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาได้จากเงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ดังนี้

รูปแบบของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปมักมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งในบางกรณีข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญาไม่ได้ระบุถึงเงื่อนไขของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองไว้ รวมทั้งกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะสามารถใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวตามที่กำหนดในสัญญาได้โดยไม่มีเงื่อนไขหรือไม่ และต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ซึ่งเป็นกรณีเรื่องการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว แต่สามารถนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ เพราะการเลิกคือการแก้ไขให้เป็นศูนย์นั่นเอง

กรณีกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวีได้ดำเนินการก่อสร้างท่าเทียบเรือดำมะลัง จังหวัดสตูล เพื่อเป็นท่าเทียบเรือท่องเที่ยวระหว่างประเทศ โดยให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เข้าดูแลบริหารจัดการท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการชั่วคราว ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการชั่วคราวแทน โดยจัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงระหว่างกัน ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีขอยกเลิกข้อตกลงการบริหารท่าเทียบเรือและให้ผู้ฟ้องคดีส่งมอบท่าเทียบเรือคืน เนื่องจากเห็นว่าค่าตอบแทนที่ได้รับเป็นอัตราที่ต่ำมาก และไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง ตลอดจนไม่มีการบริหารจัดการด้านต่างๆ ที่ดีและเหมาะสม ประกอบกับนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ตั้งเป้าหมายด้านการท่องเที่ยวไว้ โดยจะพยายามเพิ่มจำนวนนักท่องเที่ยวและคาดว่าจะได้รับการจัดสรรงบประมาณมาปรับปรุงท่าเทียบเรือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารท่าเทียบเรือเป็นการชั่วคราวเอง ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า บันทึกข้อตกลงที่พิพาทนี้เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับกรทำให้บริการทำเทียบเรือ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคมนาคมและการท่องเที่ยว บันทึกข้อตกลงที่พิพาทจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อกำหนดในสัญญาที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการทำเทียบเรือตามะลั้งชั่วคราวโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ในการแจ้งเลิกข้อตกลงไว้ และกำหนดว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆ ไม่ได้ นั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้รับรองถึงการใช้ออกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพฤติดัดสัญญา อันเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ โดยหลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้ออกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว รวมไปถึงการใช้ออกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา ดังนั้นในการใช้ออกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจแต่จะกระทำได้อีกด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากเหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการบอกเลิกข้อตกลงดังกล่าวแล้ว เห็นว่าเป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีจึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้ออกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว ดังนั้นการแจ้งเลิกการบริหารทำเทียบเรือดังกล่าวจึงเป็นไปโดยชอบด้วยบันทึกข้อตกลงที่พิพาทแล้ว

ในส่วน of ค่าเสียหายนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้ออกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติดัดสัญญา ประกอบกับมาตรา 391 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงผลของการเลิกสัญญาไว้โดยให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิม ซึ่งตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวผู้ดำเนินการบริหารทำเทียบเรือจะต้องจัดหาอุปกรณ์และเครื่องมือที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการเพิ่มเติมจากที่มีอยู่ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์และเครื่องมือที่จำเป็นแก่การบริหารนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายฟ้องว่ามีทรัพย์สินรายการใดบ้าง และคิดค่าเสียหายส่วนนี้เป็นจำนวนเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงไม่อาจกำหนดให้ได้ ส่วนค่าเสียหายเนื่องจากการปรับปรุงต่อเติมทำเทียบเรือ นั้น ข้อตกลงมิได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิโดยชอบด้วยข้อกำหนดในสัญญาและถือเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเอง จึงไม่มีความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยให้ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด

จากคดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ ดังนี้

1. เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้ด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

2. แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีสิทธิตามข้อกำหนดในสัญญาที่จะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ จากการใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา และมาตรา 391 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงผลแห่งการเลิกสัญญาไว้ ให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายดังกล่าวต้องเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ดำเนินการไปตามข้อกำหนดในสัญญา และได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้หากเป็นค่าเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการไปนอกเหนือจากข้อตกลงในสัญญา ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่มีสิทธิโดยชอบและไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้ได้

4.3 สรุป

สัญญาทางปกครองนั้นกล่าวได้ว่าถือกำเนิดจากเหตุของการให้เอกชนเข้ามาร่วมรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐหรือฝ่ายปกครอง แต่ด้วยเหตุผลหลายประการเช่น ข้อจำกัดเรื่องงบประมาณ, เรื่องเทคนิค รวมทั้งความสามารถในการบริหารจัดการ รัฐจึงมอบให้เอกชนดำเนินการหรือช่วยเหลือในการดำเนินการแทน สำหรับประเทศไทยก็เช่นเดียวกันจากข้อมูลทางประวัติศาสตร์เท่าที่มีการบันทึกก็เกิดขึ้นด้วยสาเหตุเดียวกันนี้ ในช่วงรัชสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์โดยการให้สัมปทานกับภาคเอกชนในการขุดคลองและการสร้างทางรถไฟ ซึ่งเป็นสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะที่สำคัญเป็นอย่างมากในสมัยนั้น จากนั้นก็มีพัฒนาการเรื่อยมาทั้งในเรื่องของกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องและองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง ซึ่งปัจจุบันองค์กรดังกล่าวคือศาลปกครอง ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอาไว้ส่วนหนึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่าสัญญาปกครองตามกฎหมายกับอีกส่วนหนึ่งที่เรียกว่าสัญญาปกครองโดยสภาพที่เกิดจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มีหลักเกณฑ์สำคัญคือมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงออกถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองคือบริการสาธารณะบรรลุผลและหลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครองก็เป็นสัญญาทางปกครองด้วยเช่นสัญญาจ้างก่อสร้างถนนเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาหลักประกัน

การก่อสร้างโดยธนาคารเข้ามาเป็นผู้ค้าประกันว่าจะต้องก่อสร้างให้เสร็จ ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญา
 ก่อสร้างซึ่งโดยหลักแล้วสัญญาอุปกรณ์เป็นสัญญาทางแพ่งแต่คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง
 ศาลให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งปัจจุบันการกำหนดขอบเขตสัญญาทางปกครองเอาไว้ตาม
 หลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการคือตามกฎหมายและตามสภาพนั้นได้ช่วยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง
 ไม่ว่าจะฝ่ายปกครองและภาคเอกชนสามารถแยกแยะได้ชัดเจนว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่
 จะอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองได้ดียิ่งขึ้น และบางสัญญาก็ได้ข้อยุติที่ชัดเจนแล้วว่าเป็นสัญญาทาง
 ปกครอง ส่วนที่ยังเป็นปัญหาอีกหลายประเภทสัญญาก็ต้องรอการพิจารณาหลักเกณฑ์จากศาลปกครอง
 ต่อไป เพราะเป็นเรื่องของการพิจารณาหลักกฎหมายปกครองของประเทศกระบวนหนึ่ง

สำหรับการแก้ไขสัญญาทางปกครองซึ่งมีแนวทางอยู่ 2 ประการคือ ประการแรกเป็นเรื่องข้อที่
 กำหนดเอาไว้ในสัญญาแล้ว ไม่ว่าจะให้การแก้ไขทำโดยอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือโดยมติ
 เห็นชอบร่วมของคู่สัญญาก็ตามแต่ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการทางกฎหมายเอกชนกับประการที่สองเป็นเอกสิทธิ์
 ของฝ่ายปกครองซึ่งไม่จำเป็นต้องเขียนหรือระบุไว้แต่อย่างใดนั้น สัญญาทางปกครองของไทยใช้ทั้ง 2 แนวทาง
 โดยหากมีการเขียนไว้ก็ถือว่าเป็นเรื่องของเจตนาของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายทั่วไปแต่หากไม่เขียนไว้ก็
 ถือเป็นเอกสิทธิ์ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยอมรับหลักเอกสิทธิ์นี้ แต่ได้วางแนวทางที่เป็นเงื่อนไขการใช้เอก
 สิทธิ์เอาไว้ด้วย มิใช่สามารถใช้ได้ตามใจชอบแม้กระทั่งเป็นเรื่องที่ระบุเอาไว้ในสัญญาก็ตาม

ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

ดังที่ได้พิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศไทยมาโดยละเอียดแล้วในบทที่ 4 ซึ่งประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่จะนำมาวิเคราะห์ในบทนี้จะพิจารณาจากประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายใต้กรอบของกฎหมายที่พอจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายกลางหรือกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทยซึ่งได้แก่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือกฎหมายว่าด้วยพัสดุของภาครัฐและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะและมอบอำนาจในการจัดทำสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากประเทศไทยมิได้มีกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองโดยตรงและเฉพาะเจาะจงดังเช่นประเทศเยอรมัน ทั้งนี้ในการพิจารณาแยกออกเป็น 2 หัวข้อหลักคือ

1. ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นการแก้ไขโดยมีข้อกำหนดเรื่องการแก้ไขในสัญญาเอาไว้ เนื่องจากแนวทางการตกลงของคู่สัญญานั้นถือเป็นแนวทางการแก้ไขสัญญาที่ใช้กันโดยทั่วไปตามหลักกฎหมายแพ่งและมีการยอมรับและนำมาใช้ในบางกรณีหรือบางเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง
2. ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ รวมทั้งการแก้ไขสัญญาที่ไม่มีกฎหมายและข้อสัญญาให้อำนาจไว้โดยตรง เนื่องจากการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยวิธีนี้ถือได้ว่าเป็นเอกสิทธิ์และเอกลักษณ์อย่างหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไป โดยเฉพาะประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law รวมถึงประเทศไทยด้วย

ทั้ง 2 หัวข้อจะเป็นการวิเคราะห์โดยนำกรณีคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจริง ตลอดจนประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงที่เข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยโดยองค์กรของรัฐหรือฝ่ายบริหารแล้ว คือสำนักงานอัยการสูงสุดหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วมาศึกษาวิเคราะห์ว่ามีลักษณะเป็นปัญหาประเภทใด อยู่ในขั้นตอนใด และผลของการแก้ไขเป็นอย่างไร มีการวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไว้หรือไม่อย่างไร

5.1 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยตกลงร่วมกันของคู่สัญญา

การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญา อาจมีความหมายโดยนัยได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีแรกมีข้อตกลงในสัญญาที่ต้องการแก้ไขนั้นกำหนดหรือระบุวิธีการแก้ไขสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน หรือกรณีที่สองคือไม่มีข้อกำหนดเรื่องการแก้ไขสัญญาเอาไว้ แต่คู่กรณีใช้วิธีการตกลงแก้ไขร่วมกัน

ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายแพ่งที่ถือเอาการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องสำคัญ และคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาคนั่นเอง ในสัญญาทางปกครองก็รับเอาหลักเกณฑ์เช่นนี้มาใช้เช่นกัน ซึ่งถ้าพิจารณาจากสัญญาของฝ่ายปกครองในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์คืออเมริกาและอังกฤษแล้วจะเห็นว่าเป็นหลักเกณฑ์ในลักษณะเช่นนี้ คือถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์ในเรื่องใดก็ตามแต่เอกสิทธิ์นั้นต้องระบุเอาไว้ในสัญญาหรือถือว่าระบุเอาไว้ในสัญญาเสมอ กรณีที่นำมาศึกษาและวิเคราะห์ในส่วนนี้จะใช้เป็นกรณีการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครองของไทยที่กำหนดข้อสัญญาในเรื่องการแก้ไขเอาไว้อย่างชัดเจน และภายใต้กฎหมายที่สำคัญ 2 ฉบับคือ

1. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535
2. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

นอกจากนั้นจะได้ทำการศึกษาเพิ่มเติมถึงปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเด็นอื่นๆ ที่มีความสำคัญซึ่งประกอบด้วยการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยมติคณะรัฐมนตรี และปัญหาการออกคำสั่งบังคับให้แก้ไขสัญญาทางปกครอง รวมทั้งกรณีปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองมีข้อสัญญาร่วมกันเป็นหนังสือ โดยจะพิจารณาเป็นลำดับไปดังนี้

5.1.1 กรณีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

สัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุโดยหลักแล้วห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เว้นแต่ ในระหว่างสัญญานั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐเกิดความจำเป็นต้องแก้ไข การแก้ไขมีหลักเกณฑ์ที่ไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ* ซึ่งโดยทั่วไปถือเป็นหลักว่าหน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้ระเบียบฉบับนี้จะระบุเอกสิทธิ์การแก้ไขสัญญาเอาไว้ในสัญญาที่จัดทำขึ้นกับคู่สัญญาทุกฉบับ เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาทางปกครองมีประเด็นของการแก้ไข ได้แก่

การแก้ไขเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญา การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาการจ้าง การแก้ไขวิธีการชำระเงิน การทำสัญญาอีกฉบับเป็นสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมแนบกับสัญญาฉบับเดิม การแก้ไขสัญญาทำให้ราชการได้ประโยชน์เพิ่มขึ้นจากเดิม การแก้ไขเกี่ยวกับคุณสมบัติการพัสดุต่างๆ โดยมีกรณีตัวอย่างที่ได้มาจากคำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุด ดังกรณีต่อไปนี้

สัญญาว่าจ้างให้ออกแบบอาคารผู้โดยสารที่จะกำหนดให้ ผู้ออกแบบต้องออกแบบอุโมงค์ใต้อาคาร เพื่อรับระบบลำเลียงกระเปาะที่จะมาตามอุโมงค์ใต้ลานจอดอากาศยานด้วย แต่หากต่อมาผู้ว่าจ้าง

* ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 บัญญัติว่า “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่ การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ”.

ได้เปลี่ยนเนื้องานใหม่ แทนที่จะทำเป็นอุโมงค์ลำเลียงกระเป๋าคั่วกาแฟได้ลานจอดอากาศยาน ก็ให้เปลี่ยนมาทำอุโมงค์ลำเลียงทั้งหมดใต้อาคารผู้โดยสารแทน

ดังนั้น ย่อมอยู่นอกเหนือเจตนารมณ์ที่ผู้รับจ้างออกแบบจะต้องทำให้โดยรับค่าจ้างตามสัญญา¹ เมื่อมีการเข้าทำสัญญาทางปกครองแล้ว ต่อมาฝ่ายรัฐได้มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาการจ้างออกแบบ อันเป็นการเปลี่ยนหรือย้ายจากขอบเขตเดิมของงานที่เป็นสาระสำคัญ ให้ผิดไปจากที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาฝ่ายรัฐก็ไม่มีเอกสิทธิ์แก้ไขเนื้อหาได้มากเกินความจำเป็น

การแก้ไขสัญญาที่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ ในชั้นประกวดราคาผู้ขายเสนอราคาโดยระบุว่าเป็นสิ่งของที่มีการผลิตในต่างประเทศ ต่อมาเมื่อได้เข้าทำสัญญาซื้อขายก็ได้ระบุในสัญญาเช่นนั้น การจะขอแก้ไขสัญญาเพื่อให้มีส่วนประกอบบางส่วนผลิตในประเทศไทยโดยที่ราคายังคงเดิม ย่อมเป็นการทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์จึงไม่อาจกระทำได้ การเลือกใช้อุปกรณ์ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาซึ่งระบุถึงแหล่งผลิตหรือชิ้นส่วนต่างๆ เมื่อไม่เป็นไปตามต้องการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและทำให้มีราคาของอุปกรณ์สูงขึ้นกว่าเดิม ฝ่ายรัฐเห็นว่าการแก้ไขมิได้ทำให้ทางราชการได้ประโยชน์ จึงมีอำนาจไม่แก้ไขสัญญาได้²

การใช้อำนาจแก้ไขเกี่ยวกับการเงินของสัญญา การชำระเงิน การเปลี่ยนวิธีการชำระเงินเป็นออกตัวสัญญาใช้เงิน การขอลดค่าธรรมเนียม หากเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีอำนาจทำได้ โดยไม่ต้องทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์ การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่เสียประโยชน์จากการต้องชำระเป็นเงินโดยเปลี่ยนเป็นวิธีการอย่างอื่น กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยินยอมรับข้อเสนอดังกล่าวด้วย³

เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในข้อสัญญาทางปกครอง กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่ การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็น โดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ รัฐจะมีอำนาจแก้ไขสัญญา เมื่อมีความจำเป็นไม่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์หรือเพื่อประโยชน์ของทางราชการเท่านั้น เหตุแห่งความจำเป็นต้องการให้มีการแก้ไขยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเป็นเพียงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยยังไม่มีการวางหลักเกณฑ์เงื่อนไขว่าด้วยการแก้ไขสัญญาทางปกครอง การแก้ไขสัญญาที่ผ่านมาจึงเป็นไปตามความประสงค์ของฝ่ายรัฐ หรือฝ่ายรัฐเห็นสมควรหรือเพื่อความเหมาะสมเท่านั้น การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาเหล่านี้ เป็นไปตามหลักอำนาจของฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายรัฐมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

¹ คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 115/2541.

² คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 184/2541 – จะมีการวิเคราะห์โดยละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 5.1.1.2 คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด

³ คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 72/2540.

ในการแก้ไขฝ่ายเดียว โดยเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นดำเนินการให้ส่วนรวมได้ประโยชน์ ส่วนสำคัญของการใช้อำนาจแก้ไขสัญญา นั้น คือ ความมีอยู่ของอำนาจการแก้ไขและขอบเขตแห่งการแก้ไข เพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากแล้ว ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในกรณีของการ จัดซื้อจัดจ้างเป็นไปตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองมีไว้เพื่อควบคุมในขั้นตอนต่างๆ เป็นไปโดยโปร่งใสเป็นกลางและเกิดประโยชน์สูงสุดประกอบไปด้วย หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ใน สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองถูกจำกัดด้วย กระบวนการทำสัญญา ตาม กฎหมายว่าด้วยการพัสดุโดยกระบวนการทำสัญญาประเภทนี้อยู่ภายใต้กระบวนการประกวดราคา ดังนั้น เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญามีน้อย ขณะที่ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะถือหลักเสรีภาพในการ เลือกคู่สัญญาของรัฐ ถือว่าเป็นหลัก เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญาจึงให้ เสรีภาพกับฝ่ายปกครองเพื่อเลือกคู่สัญญาที่ตนพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม การสร้าง หลักเกณฑ์ของการแก้ไขสัญญา จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายรัฐจะต้องดำเนินการ เพื่อใช้เป็นแนวทางสำหรับใช้ ปฏิบัติ กับสัญญาทางปกครอง

นอกเหนือจากกรณีที่เสนอข้างต้นแล้วยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัย สำนักงานอัยการสูงสุดที่น่าสนใจและสมควรนำมาวิเคราะห์เป็นกรณีศึกษาดังต่อไปนี้

5.1.1.1 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินและวางหลักเกณฑ์สำคัญในการแก้ไข สัญญาทางปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบ กระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 คือ

ก) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้าง ก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียนคลองขององค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องขอให้องค์การบริหารส่วน ตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) ชำระค่าจ้างก่อสร้างเชื่อมกันดินพัง อันเนื่องมาจากกรณีที่ประธานกรรมการบริหาร องค์การบริหารส่วนตำบลสั่งการด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเพื่อให้การก่อสร้าง ถนนตามสัญญาสามารถดำเนินการต่อไปได้ด้วยเหตุที่ระหว่างการก่อสร้างถนนได้เกิดการทรุดตัวของดิน ด้านข้างถนนไหลเลื่อนลงคลองซึ่งจะทำให้ถนนชำรุดเสียหายนั้น การสั่งการของประธานกรรมการบริหารฯ เป็นการสั่งที่มีอำนาจกระทำได้โดยถือว่าเป็นงานพิเศษซึ่งอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา เพื่อให้สามารถก่อสร้างถนนตามสัญญาต่อไปได้ และถือว่าการสร้างเชื่อมกันดินเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ก่อสร้างถนน แม้เป็นการตกลงด้วยวาจาก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากตามบทบัญญัติมาตรา 587 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติให้สัญญาจ้างทำของต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น เมื่อกรณีดังกล่าว ไม่ได้เกิดจากการสมยอมกันระหว่างผู้แทนของหน่วยงานของรัฐกับผู้รับจ้าง หรือเกิดจากความผิดของผู้

รับจ้าง หรือผู้รับจ้างต้องการหลีกเลี่ยงการประกวดราคา แม้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แต่โดยที่การดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจนำการไม่ปฏิบัติตามระเบียบฯ มาเป็นเหตุผลปฏิเสธความรับผิดได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างเขื่อนตามที่มีการสั่งให้ทำเพิ่มเติมจนเสร็จเรียบร้อยแล้ว ย่อมมีสิทธิได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามจำนวนที่ตกลงกันได้ ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าจ้างตามสัญญา พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี นับตั้งแต่วันที่คณะกรรมการตรวจการจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีได้ตรวจรับงานเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้นให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ตามกรณีนี้ประเด็นปัญหาคือ การสั่งการหรือการขอให้แก้ไขสัญญาทางปกครองที่ทำด้วยวาจาของผู้มีอำนาจสามารถทำได้หรือไม่ ซึ่งศาลตัดสินว่าทำได้โดยปรับใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง

ข) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64/2549 กรณีที่มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ว่าจ้างผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างให้ก่อสร้างอาคารหอพักข้าราชการ โดยในประกาศประกวดราคาไม่ได้กำหนดให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้บังคับแก่สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าว แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีได้ตกลงจัดทำบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจ้างเดิมเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีสามารถได้รับเงินชดเชยค่าก่อสร้าง อันเป็นการช่วยเหลือผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบอาชีพงานก่อสร้างที่ได้รับผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2532 แต่เมื่องานตามสัญญาจ้างแล้วเสร็จ ผู้ถูกฟ้องคดีกลับปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้าง (ค่า K) ตามข้อตกลงที่แก้ไขเพิ่มเติมให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้รับแจ้งความเห็นจากสำนักงบประมาณว่าสัญญาจ้างข้างต้นไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับเงินชดเชย (เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2532 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไข หลักเกณฑ์ สูตรและวิธีการคำนวณที่ใช้กับสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) เพราะในประกาศประกวดราคาไม่ได้กำหนดให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้บังคับ นั้น ศาลเห็นว่า การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจ้างเป็นการดำเนินการโดยสุจริตด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย บันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างจึงเป็นข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม แม้ว่าในการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างจะไม่ได้ระบุให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้ก็ตาม ประกอบกับในการตกลงยินยอมให้จัดทำบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้างเพื่อนำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้ ผู้ถูกฟ้องคดียอมรับอยู่แล้วว่า ณ เวลาที่แก้ไขเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าวนั้น ไม่ได้มีการระบุไว้ในประกาศประกวดราคามาตั้งแต่ต้นว่าจะนำสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) มาใช้

นอกจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐยอมเข้าใจเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้างตามมติคณะรัฐมนตรีได้ดีกว่าผู้ฟ้องคดี หรือหากยังเข้าใจไม่ชัดเจนก็ชอบที่จะหารือหรือขอคำแนะนำจากสำนักงานงบประมาณในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีในการวินิจฉัยปัญหาข้อหารือและกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) เสียก่อนที่จะลงนามในบันทึกเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างโดยอ้างว่าในประกาศประกวดราคาไม่ได้ระบุให้มีการนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินชดเชยค่าก่อสร้างและดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดีให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน นับแต่วันที่มิคำพิพากษา

ตามกรณีนี้ประเด็นปัญหาคือการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาทางปกครองภายหลังโดยมีเงื่อนไขที่แตกต่างจากเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในการประกวดราคาทำได้หรือไม่ ซึ่งศาลตัดสินว่าทำได้หากดำเนินการโดยสุจริตด้วยความสมัครใจทั้งสองฝ่าย

ค) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551 ระหว่างบริษัท ศกวิศวรรรม จำกัด ผู้ฟ้องคดี และกรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อน ค.ส.ล. (ดาดห้องคลอง) ตามสัญญาจ้างเลขที่ สนน.103/82539 ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2539 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่เพียงใด เห็นว่าการที่สัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อน ค.ส.ล. (ดาดห้องคลอง) รวบรวมและบันได คลองใฝ่สิงโตระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาได้ ไม่ว่าจะเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปและรายละเอียดตามสัญญาโดยไม่ต้องรับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญา นั้น เนื่องจากสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันดินริมตลิ่งทรุด ทำให้อาคารระบายน้ำไม่สะดวกรและน้ำท่วมบ้านเรือนประชาชนเสียหาย ซึ่งเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นบริการสาธารณะ การที่สัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างลงให้เท่ากับผลงานที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำไปแล้ว โดยให้ลดงานก่อสร้างตามสัญญาจากวงเงิน 14,523,000 บาท ลดลงเหลือวงเงินค่าจ้างก่อสร้างจำนวน 6,301,500 บาท และระยะเวลาก่อสร้างจากเดิม 1,481 วัน ลดลงเหลือระยะเวลาก่อสร้าง 119 วัน ซึ่งการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นการลดเนื้องานก่อสร้างเขื่อนเพื่อป้องกันดินริมตลิ่งทรุดและน้ำท่วมบ้านเรือนราษฎรลดลงจากเดิมอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญาเปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างตามสัญญาลงมิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจรับฟังได้

กรณีนี้ประเด็นปัญหาคืออำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองกำหนดเอาไว้ในสัญญาทางปกครองนั้นมีขอบเขตการใช้ถึงขนาดเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งศาลตัดสินว่าหากมีแก้ไขเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลแล้วถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

5.1.1.2 คำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุด

ก) คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 146/2542 เทศบาลนครอุดรธานีผู้ว่าจ้างได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงห้วยหมากแข้ง ประกอบด้วยงานก่อสร้างรางระบายน้ำคอนกรีต ยาวประมาณ 1,600 เมตร และซ่อมแซมรางคอนกรีตเดิมจำนวน 23 แห่ง ในขณะที่ก่อสร้างประชาชนได้รับความเดือดร้อนมาก ผู้ว่าจ้างจึงได้แจ้งให้ผู้รับจ้างหยุดการดำเนินงานโครงการนี้ไว้ก่อน เพื่อเปลี่ยนแปลงเนื้อหาโดยยกเลิกการซ่อมแซมรางระบายน้ำ ค.ส.ล. จำนวน 23 แห่ง เปลี่ยนเป็นการขุดลอกคลองดินด้านท้ายน้ำเพื่อระบายน้ำ และป้องกันน้ำท่วมต่อจากคลองคาคอนกรีตรูปสี่เหลี่ยมคางหมูตามสัญญาเดิมแทน การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาจ้างการขอเปลี่ยนแปลงเนื้อหาใหม่ซึ่งเนื้อหาที่ขอเปลี่ยนแปลงนี้ไม่อยู่ในเนื้อหาเดิม หรืออยู่ในพื้นที่ที่กำหนดให้เป็นพื้นที่ในการก่อสร้างซ่อมแซมเดิมวัสดุ และแรงงานที่ใช้แตกต่างกันไป ตลอดจนวิธีก่อสร้างก็มีได้ใช้วิธีเดิม ดังนั้น ปริมาณงาจ้างราคาค่าก่อสร้างรวมทั้งระยะเวลาในการก่อสร้างย่อมเปลี่ยนแปลง การขอเปลี่ยนแปลงงานจ้างดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามสัญญาถ้าฝ่ายรัฐประสงค์ที่จะดำเนินการดังกล่าวขอที่ต้องแก้ไขสัญญา การใช้อำนาจแก้ไขหากผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมแล้วการแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมไม่สามารถทำได้

กรณีประเด็นปัญหาเป็นเรื่องการแก้ไขผิดวัตถุประสงค์ของสัญญาจะกระทำไม่ได้ ซึ่งศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์ไว้แล้วตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551 ที่เป็นกรณีศึกษาข้างต้น โดยพิจารณาในบริบทของการจัดทำบริการสาธารณะว่าเป็นการแก้ไขเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลหรือไม่

ข) คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 183/2541 กรมการแพทย์จะเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างรายเดิมให้ผู้รับจ้างรายใหม่เข้าผูกพันรับภาระแทนตามสัญญาในลักษณะแปลงหนี้ใหม่นั้นย่อมมีผลทำให้หนี้เดิมเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 349 และจะทำให้ผู้รับจ้างเดิมหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ที่พึงปวงตามสัญญาจ้างก่อสร้าง มีผลเท่ากับเป็นการยกเลิกสัญญากับผู้รับจ้างรายเดิมและทำสัญญากับผู้รับจ้างรายใหม่ เมื่อพิจารณาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีกว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 การจัดหาผู้รับจ้างรายใหม่จะต้องมีการประกวดราคาคัดเลือกผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับทางราชการ โดยจะต้องพิจารณาคุณสมบัติของผู้ที่เข้าเสนอราคาแข่งขันกับทางราชการแต่ละรายตั้งแต่ต้น ดังนั้น ระเบียบดังกล่าวจึงไม่เปิดช่องให้ผู้รับจ้างรายใหม่เข้าดำเนินการผูกพันรับภาระตามสัญญาแทนผู้รับจ้างเดิมที่ทำสัญญากับหน่วยงานราชการไว้ในลักษณะแปลงหนี้ใหม่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 350 การ

เปลี่ยนตัวผู้รับจ้างถือว่าเป็นการเลิกสัญญากับผู้รับจ้างเดิม ฝ่ายรัฐใช้เงื่อนไขในสัญญาเดิมนั้นไม่อาจทำได้ ฝ่ายรัฐต้องเริ่มต้นกระบวนการประกวดราคาใหม่ทั้งหมด จะนำผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาจะนำมาสวมข้อสัญญาเดิมไม่ได้ การเพิ่มผู้รับจ้างใหม่ในสัญญากับรายเดิม ต้องผ่านกระบวนการประกวดราคา และต้องยอมรับเงื่อนไขเดียวกันกับสัญญาเดิม

กรณีนี้ประเด็นปัญหาคือการแก้ไขสัญญาที่เปลี่ยนตัวผู้รับจ้างซึ่งเป็นลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ของกฎหมายแพ่งทำได้หรือไม่ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดวินิจฉัยว่าทำไม่ได้ ต้องประกวดราคาใหม่

ค) คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 184/2541 กรมชลประทานได้ทำสัญญาซื้อขายเรือชุดแบบหัวสว่าน โดยคู่สัญญามีเจตนารมณ์ที่จะซื้อขายเรือชุดแบบหัวสว่านทั้ง 2 ลำ ที่ผลิตโดยประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อบริษัทฯ ส่งมอบเรือชุดแบบหัวสว่านซึ่งมีชิ้นส่วนเรือที่สำคัญ รวม 7 รายการที่ผลิตในประเทศไทย กรมชลประทานจึงมีสิทธิไม่รับมอบเรือชุดแบบหัวสว่านทั้ง 2 ลำ ดังกล่าวได้ตามสัญญาข้อ 5 ส่วนกรณีการแก้ไขสัญญา เมื่อกรมชลประทานเห็นว่าการแก้ไขดังกล่าว มิได้ทำให้ราชการได้ประโยชน์ แต่ทำให้ต้องซื้อเรือชุดในราคาที่แพงเกินไป กรมชลประทานย่อมจะไม่อนุมัติให้แก้ไขสัญญาได้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 การแก้ไขสัญญาที่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ ในชั้นประกวดราคาผู้ขายเสนอราคาโดยระบุว่าเป็นสิ่งของที่มีการผลิตในต่างประเทศ ต่อมาเมื่อได้เข้าทำสัญญาซื้อขายก็ได้ระบุในสัญญาเช่นนั้น การจะขอแก้ไขสัญญาเพื่อให้มีส่วนประกอบบางส่วนผลิตในประเทศไทยโดยที่ราคายังคงเดิมย่อมเป็นการทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์จึงไม่อาจกระทำได้ การเลือกใช้อุปกรณ์ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาซึ่งระบุถึงแหล่งผลิตหรือชิ้นส่วนต่างๆ เมื่อไม่เป็นไปตามต้องการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และทำให้มีราคาของอุปกรณ์สูงขึ้นกว่าเดิม ฝ่ายรัฐเห็นว่าการแก้ไข มิได้ทำให้ราชการได้ประโยชน์ จึงมีอำนาจไม่แก้ไขสัญญาได้

คำวินิจฉัยนี้มีกรณีเปรียบเทียบคือกรณีกรมเจ้าท่าได้ทำสัญญาว่าจ้างบริษัทเอลดีคอตต์ ทำการก่อสร้างเรือชุดแบบหัวสว่านขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 28 นิ้ว จำนวน 3 ลำ มูลค่ารวม 49,400,000 เหรียญสหรัฐ เมื่อปี 2540 และภายหลังมีการแก้ไขสัญญาในการจ่ายเงินประจำงวดที่ 5 ซึ่งจะจ่ายเมื่อส่งของลงเรือจำนวน 20% ของวงเงินค่าจ้าง โดยเดิมกำหนดรวมครั้งเดียวทั้งจำนวน 20% ของวงเงินค่าจ้างทั้งหมดปรากฏว่าบริษัทผู้รับจ้างขออนุมัติเปลี่ยนแปลงใหม่ โดยแตกงวดที่ 5 เป็นเงิน 3 งวดย่อย และอธิบดีกรมเจ้าท่าอนุมัติให้แก้ไขสัญญาตามที่บริษัทเสนอ ผลปรากฏว่า ปปช. เห็นว่าการอนุมัติแก้ไขสัญญาแบ่งงวดการจ่ายเงินงวดที่ 5 ออกเป็น 3 งวดย่อย เป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับจ้างทำให้ราชการเสียประโยชน์ต้องจ่ายเงินให้แก่ผู้รับจ้างไปก่อนงานจะแล้วเสร็จตามสัญญาจ้าง จึงชี้มูลความผิดอธิบดีกรมเจ้าท่าและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องแต่ศาลอาญาเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2549 พิพากษารูปได้ว่าการแก้ไขสัญญาการชำระเงินงวดที่ 5 ออกเป็น 3 งวดย่อย อธิบดีกรมเจ้าท่ามีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ เพราะการแก้ไขสัญญา

จะทำให้กรมเจ้าท่าได้รับกรรมสิทธิ์จากการรับมอบเรือพี่เลี้ยง ท่อ และทุ่น ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์แก่ทางราชการได้ การแก้ไขสัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 จึงพิพากษายกฟ้อง

แต่ในทางความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น เจ้าหน้าที่ที่ถูกคำสั่งทางปกครองเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายกว่า 800 ล้านบาท

กรณีนี้ประเด็นปัญหาคือสิ่งที่เรียกว่าประโยชน์ของทางราชการหรือการไม่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์เป็นประเด็นข้อกฎหมายในสัญญาทางปกครองที่อาจมีความเห็นแตกต่างกันระหว่างฝ่ายที่มีอำนาจบริหารจัดการและฝ่ายที่มีอำนาจตรวจสอบแต่เมื่อถึงที่สุดแล้วศาลจะเป็นผู้ชี้ขาด

ค) คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 72/2540 การแก้ไขสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน สัญญาว่าจ้างกำหนดให้ผู้ว่าจ้างจ่ายเงินค่างานแก่ผู้รับจ้างเป็นตัวสัญญาใช้เงิน โดยจะจ่ายเป็นเงินสดให้เมื่อถึงกำหนดตามตัวเป็นข้อกำหนดที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างอยู่แล้ว การแก้ไขสัญญาให้จ่ายค่างานเป็นเงินสด จึงอาจไม่เป็นผลดีแก่รัฐวิสาหกิจผู้ว่าจ้าง การใช้อำนาจแก้ไขเกี่ยวกับการเงินของสัญญา การชำระเงิน การเปลี่ยนวิธีการชำระเงินเป็นออกตัวสัญญาใช้เงินการขอลดค่าธรรมเนียม หากเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีอำนาจทำได้ โดยต้องไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์ การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่เสียประโยชน์จากการต้องชำระเป็นเงิน โดยเปลี่ยนเป็นวิธีการอย่างอื่น กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยินยอมรับข้อเสนอดังกล่าวด้วย

สรุปหลักเกณฑ์ของการแก้ไขสัญญาทางปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ตามคำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุดที่นำเสนอข้างต้นอาจสรุปได้ดังนี้

1) การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาการจ้าง อันเป็นการเปลี่ยนหรือย้ายจากขอบเขตเดิมของงานที่เป็นสาระสำคัญ ให้ผิดไปจากที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ฝ่ายรัฐไม่มีสิทธิ์แก้ไขเนื้อหาได้มากเกินความจำเป็น

2) การเปลี่ยนแปลงจากวัตถุประสงค์เดิมเป็นอย่างอื่น เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามสัญญา การใช้อำนาจแก้ไขหากผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมแล้วการแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมไม่สามารถทำได้

3) การใช้อำนาจแก้ไขเกี่ยวกับการเงินของสัญญา การชำระเงิน การเปลี่ยนวิธีการชำระเงินเป็นออกตัวสัญญาใช้เงินการขอลดค่าธรรมเนียม หากเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีอำนาจทำได้โดยต้องไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เกิดภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 นั้น อำนาจเรื่องการแก้ไขสัญญายังไม่สมบูรณ์ คือขาดหลักเกณฑ์เรื่องการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ชัดเจน รวมทั้งขาดขั้นตอนหรือกระบวนการแก้ไขที่สามารถป้องกันการทุจริตที่รัดกุม ซึ่งจะได้นำเสนอในบทที่ 6 ต่อไป

5.1.2 กรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁴

พระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับโครงการที่มีการลงทุนที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ซึ่งมีหน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งโดยคณะกรรมการประสานงานขึ้นมากณะหนึ่งมีอำนาจเพื่อทำหน้าที่ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา และรายงานผลการดำเนินงานความคืบหน้าปัญหาและแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด หากคณะกรรมการประสานงานเห็นสมควรให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติอำนาจการแก้ไขสัญญาไว้โดยตรง และไม่ได้บัญญัติขั้นตอนการดำเนินการในการแก้ไขเอาไว้ หน่วยงานเจ้าของโครงการร่วมกับคณะกรรมการประสานงาน มีเพียงหน้าที่ในการเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้ได้ข้อยุติเพื่อนำเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดโดยกฎหมายบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 23^{*} เพียงให้คณะกรรมการประสานงานมีอำนาจติดตามกำกับดูแลตามที่สัญญากำหนดและรายงานผลการดำเนินงานความคืบหน้า เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาเสนอต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อทราบ นอกจากนั้นกฎหมายไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายรัฐอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด จึงมีปัญหว่าฝ่ายรัฐสามารถใช้เอกสิทธิ์โดยมีขอบเขตเพียงใดตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฉบับนี้ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ 2 ประเด็นคือ

1) การกำกับดูแลและติดตาม

คณะกรรมการประสานงานมีอำนาจและหน้าที่ติดตามรายงานต่อรัฐมนตรี รัฐมนตรีพิจารณาแล้วสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเจ้าของโครงการแก้ไขสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้พระราชบัญญัตินี้ใน

⁴ อภิชาติ แจ้งยุบล วิทยานิพนธ์, “เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2550 หน้า 103-105.

^{*} มาตรา 23 “ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 มีอำนาจ และหน้าที่ดังนี้

- (1) ติดตามกำกับดูแล ให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา
 - (2) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหาและแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ
- ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (2) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง”

ฐานะที่เป็นสัญญาทางปกครอง และเป็นโครงการของรัฐที่กฎหมายต้องการให้มีการกำกับดูแลและติดตามสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติร่วมทุนฯ ที่เกิดขึ้นมาแล้วยังไม่ปรากฏบทบัญญัติให้อำนาจโดยตรงเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ การใช้เอกสิทธิ์ตามคำสั่งของคณะกรรมการประสานงานเพื่อแก้ไขปัญหาโครงการจึงไม่สามารถทำได้ การใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐสำหรับโครงการที่มีการลงทุนขนาดใหญ่ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ในกรณีปกติทั่วไปที่ยังไม่มีเหตุการณ์ร้ายแรงหรือฉุกเฉิน เมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคณะกรรมการประสานงานมีความเห็นเสนอให้คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาแก้ไขสัญญา การแก้ไขข้อสัญญาเป็นการเจรจามากกว่าใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้นควรที่จะมีบทบัญญัติให้อำนาจเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายรัฐ และมีบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนการดำเนินการและผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขสัญญา เพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายเมื่อฝ่ายรัฐมีการใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองและการแก้ไขสัญญาซึ่งจะได้นำกรณีศึกษาที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เกิดขึ้นมานำเสนอเพื่อให้เห็นปัญหาของการแก้ไขสัญญาในลำดับต่อไป

2) กรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจใช้เหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะทำการแก้ไขสัญญาเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติให้อำนาจในการกำกับดูแลและติดตามโครงการต่างๆ ที่เกิดขึ้นตามสัญญา แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก้ไขไว้โดยตรง ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจในเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะในการแก้ไขสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองทั่วไปเพราะกฎหมายเฉพาะด้านไม่ได้บัญญัติไว้ กล่าวคือสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะโดยการกำหนดของกฎหมาย (Le Contrat Administratif par Determination de la Loi) รวมทั้งสัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ (Travaux Publics) ที่มีเนื้อหาเป็นประโยชน์สาธารณะโดยตรง และมีข้อสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษอันเป็นเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายรัฐเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้นมีหลักกฎหมายที่ยอมรับกันว่า กำหนดให้ฝ่ายรัฐมีสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยฝ่ายเอกชนไม่ต้องยินยอม แม้ว่าไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง แต่ฝ่ายรัฐก็มีอำนาจเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองนั่นเอง กรณีของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เมื่อมีเหตุจำเป็นเท่านั้นฝ่ายรัฐจึงจะมีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ได้ ดังนั้น กรณีที่เกิดขึ้นและนำมาศึกษาจึงเป็นการตกลงร่วมกันของคู่สัญญาเพื่อแก้ไขสัญญามิใช่การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขสัญญา โดยใช้กระบวนการของการกำกับดูแลตามข้อ 1) เป็นอำนาจตามกฎหมาย

ในการวิเคราะห์ปัญหาตามกรณีศึกษานั้น ได้พยายามรวบรวมประเด็นที่เกิดผลกระทบกับบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำอย่างกว้างขวาง เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายสำคัญที่เป็นเครื่องมือของรัฐในการมอบอำนาจให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ใช้เทคโนโลยีทันสมัย ใช้การจัดการที่มีประสิทธิภาพ แต่เมื่อเกิดปัญหาในการบริหารสัญญา โดยเฉพาะเรื่องการแก้ไขสัญญาจะเห็นจุดอ่อนหลายประการของกฎหมายฉบับนี้ และผลที่เกิดขึ้นมีนัยสำคัญต่อปัญหาการเงินของทั้งสองฝ่าย รวมทั้งกระทบกับการให้บริการที่อาจต้องหยุดชะงักหรือยุติการดำเนินการไปเลย ทั้งที่ใช้เวลาในการพัฒนาโครงการเป็นเวลายาวนาน

ในการศึกษาจะวิเคราะห์และนำเสนอข้อเท็จจริงต่างๆ โดยละเอียดพอสมควรเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนของที่มาและข้อขัดแย้งที่เกิดจากการแก้ไขสัญญาทางปกครองเรื่องนั้นจนกระทั่งได้ข้อยุติ ทั้งในระดับที่เป็นคำชี้ขาดของศาลที่มีเขตอำนาจและในระดับที่ยังไม่ถือว่าเป็นข้อยุติ แต่ทำให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาปกครองเรื่องนั้นๆ ดำเนินต่อไปได้ ทั้งนี้กรณีที่น่ามาศึกษาดังนี้

5.1.2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด

ก่อนจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2542 คดีที่เป็นเรื่องสัญญาทุกประเภทจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงมีเขตอำนาจเหนือสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีความสำคัญคือ

ก. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า กรณีค่าจ้างทางด่วน*

ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาโดยสรุปดังนี้ ผู้คัดค้าน (ซึ่งหมายถึงการทางพิเศษแห่งประเทศไทย – กทพ.) เป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายมหาชนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนกับผู้ร้องทั้งสาม (ซึ่งหมายถึง กิจการร่วมค้า บีบีซีดี) ทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นองค์กรณีบุคคลข้อ 17 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 บัญญัติให้มีผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้กระทำการในนามผู้คัดค้านในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกและผู้กระทำการแทนผู้คัดค้านตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การใช้อำนาจของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งกระทำการในนามผู้คัดค้านจะผูกพันผู้คัดค้านต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ นอกจากจะต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งกำหนดไว้เป็นไปตามระเบียบวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบและข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

* ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและรายละเอียดคำพิพากษา ดูในภาคผนวก.

แล้ว การใช้อำนาจของผู้คัดค้านจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการบิดผันอำนาจทางหนึ่งทางใดอีกด้วย

กรณีนี้ ถึงแม้โดยข้อเท็จจริงแล้วจะไม่ใช่ปัญหาของการแก้ไขสัญญาโดยตรง แต่มีประเด็นที่สามารถพิจารณาและตีความอย่างต่อเนื่องได้ว่าในการลงนามเพื่อจัดทำสัญญารวมถึงลงนามเพื่อแก้ไขสัญญาทางปกครองนั้น ผู้มีอำนาจลงนามต้องไม่มีการกระทำในกรณีที่เป็นหลักกฎหมายที่ว่าการบิดผันอำนาจ (Abused) ในทางใดทางหนึ่งด้วย

ข้อเท็จจริง ตามกรณีที่น่ามาปรับใช้กับหลักกฎหมายเรื่องการบิดผันอำนาจนี้ เกี่ยวข้องกับประเด็นดังต่อไปนี้

1. การที่ผู้มีอำนาจในการลงนามในสัญญาของรัฐได้รับผลประโยชน์จากคู่สัญญาแล้ว การลงนามในสัญญาถือว่าใช้อำนาจโดยมิชอบ เพราะอำนาจที่กฎหมายให้ไว้นั้นก็เพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ มิใช่ประโยชน์ส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจ หากมีผลประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจทับซ้อนอยู่ด้วย (Conflict of Interest) ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยบิดผันและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. เมื่อเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็มีใช่เป็นเพียงเรื่องภายในของหน่วยงานรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญา แต่เป็นเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยที่สามารถอุทธรณ์คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ตามพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45(2)

3. ในส่วนของคู่สัญญาของรัฐคือฝ่ายเอกชนนั้น เมื่อมีการเอื้อประโยชน์ส่วนตัวให้กับผู้มีอำนาจฝ่ายรัฐ เพื่อจูงใจให้ทำสัญญาหรือแก้ไขสัญญาที่ทำกับตนถือว่าใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาที่ทำขึ้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและไม่ผูกพันกับรัฐเช่นกัน

ข. คำชี้ขาดของศาลปกครองสูงสุดตามคดีหมายเลขดำที่ อ.๔๒๔/๒๕๔๙ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๓๔๙/๒๕๔๙ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดี กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้ถูกฟ้องคดี หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าคดีไอทีวีนั่นเอง* คดีนี้มีประเด็นปัญหาที่เป็นสาระสำคัญอยู่ตรงที่ว่า การแก้ไขสัญญาให้สิทธิดำเนินการฯ ในการแพร่สัญญาณภาพทีวีระบบยูเอชเอฟของสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีต่อบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) มีผลทางกฎหมายหรือบังคับใช้กับคู่สัญญาได้หรือไม่เพียงใด คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยสรุป ดังนี้

* ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและรายละเอียดคำพิพากษา ดูในภาคผนวก.

รัฐบาลโดยปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (ผู้ฟ้องคดี) ได้อนุญาตให้บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (ผู้ถูกฟ้องคดี) ดำเนินการสถานีวิทยุระบบ ยู เอช เอฟ ซึ่งคือสถานี ITV ตามสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีระบบ ยู เอช เอฟ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2538

ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำชี้ขาดว่า ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ที่ได้มีการเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ ไว้แล้ว โดยมีได้มีการเสนอการขอเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้นการเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ เข้าไว้ในสัญญาเข้าร่วมงานฯ โดยมีได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ 5 วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเข้าร่วมงานฯ ในข้ออื่นๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย

กรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นประเด็นของการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เป็นการวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ

1. หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่สำคัญในการแก้ไขสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาต้องคำนึงถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้ที่ได้รับมอบหมายให้มาจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งผู้ได้รับมอบหมายมิได้อำนาจตัดสินใจเรื่องประโยชน์ของรัฐแต่อำนาจในการตัดสินใจเรื่องดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจแทนรัฐได้ อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย การเพิ่มเติมสัญญาเข้าร่วมงานฯ ซึ่งคือการแก้ไขสัญญาโดยมิได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้นศาลปกครองจึงสามารถหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้อีก

2. วิธีการและขั้นตอนการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดจะผูกพันเมื่อทำตามขั้นตอนที่ถูกต้อง การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยไม่ได้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จึงไม่มีผลผูกพันรัฐ ซึ่งทำให้อนุญาตตุลาการไม่สามารถชี้ขาดว่ารัฐผิดสัญญาได้ ดังนั้นการบังคับตามคำชี้ขาดจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อย

3. การคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต เนื่องจากการไม่รู้ถึงความบกพร่องของการดำเนินการตามขั้นตอนของฝ่ายปกครองในเรื่องการทำสัญญาทางปกครองรวมทั้งการ

แก้ไขสัญญา^๑นั้น ต้องเป็นบุคคลภายนอกผู้ที่ไม่รู้โดยมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มิเช่นนั้นจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

ค. ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11102/2551 (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 6/2551) *

สัญญาระหว่าง กทพ. กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

ข้อพิพาท เป็นเรื่องการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางตามสัญญาข้อ 11.3 ถึงแม้กรณีพิพาทตามคดีนี้จะไม่ใช่โครงการที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากเป็นโครงการที่เกิดขึ้นก่อนมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่ถ้าพิจารณาถึงเนื้อหาและองค์ประกอบของโครงการแล้วจะเห็นว่าหากเกิดขึ้นภายหลังพระราชบัญญัติการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ใช้บังคับแล้วโครงการนี้จะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ และจะต้องถือว่าเป็นปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้โดยอนุมาณ

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นกรณีผู้ร้องคือ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ขอปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางด่วนโดยอาศัยประกาศกระทรวงมหาดไทย 2 ฉบับที่แตกต่างกัน ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาโดยสรุปคือ การเรียกเก็บค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 ไม่สอดคล้องกับสัญญาข้อ 11.3 และประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 ซึ่งยกเลิกประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 และให้ปรับค่าผ่านทางใหม่นั้นสอดคล้องกับข้อสัญญาข้อ 11.3 ซึ่งมีผลทำให้การเก็บค่าผ่านทางสามารถดำเนินการต่อไปตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 ที่ประกาศใช้บังคับใหม่ได้โดยผู้คัดค้านไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้บังคับผู้ร้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการชุดก่อนเช่นว่านั้นออกมาสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การเก็บค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 อยู่แล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อน ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2542 จึงไม่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีที่ผู้คัดค้านจำเป็นต้องร้องขอให้ศาลบังคับให้ผู้ร้องซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดซึ่งผู้คัดค้านอยู่ในบังคับที่จะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นภายในกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้นแม้ผู้คัดค้านจะมีได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อน ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2542 ก็ยังมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ หากสิ้นผลบังคับไปดังคำพิพากษาศาลแพ่งกรุงเทพใต้^๑ โดยเหตุ

* ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและรายละเอียดคำพิพากษา ดูในภาคผนวก.

นี้การที่ผู้ร้องนำข้อพิพาทเรื่องเดียวกันนี้มายื่นเรียกร้องแย้งต่ออนุญาโตตุลาการชุดหลัง ซึ่งเพื่อให้พิจารณาทำคำชี้ขาดซ้ำอีก จึงเป็นการนำข้อพิพาทที่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดไปแล้วโดยอนุญาโตตุลาการชุดก่อนซึ่งคำชี้ขาดเป็นที่สุดและยังคงมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ไปหรือร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการชุดหลังให้พิจารณาชี้ขาดซ้ำอีก ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการทำลายหลักการสำคัญของมาตรา 23 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่บัญญัติให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีโดยสิ้นเชิงและย่อมส่งผลทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยระบบอนุญาโตตุลาการไร้ประสิทธิผลไปโดยปริยาย เพราะหากคู่กรณีไม่ยอมรับผลต่อการเป็นที่สุดและผลผูกพันคู่กรณีของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อน และมีสิทธิหรือร้องขอพิจารณามีคำชี้ขาดใหม่ต่ออนุญาโตตุลาการชุดหลังอีก กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็จะต้องดำเนินการซ้ำซากเช่นคดีนี้ต่อไปไม่มีวันจบสิ้น ซึ่งมีไม่เจตนาบรรณอื่นแท้จริงของกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่จะให้เป็นเช่นนั้น

กรณีนี้คำพิพากษาศาลฎีกาอาจจะไม่ใช่ประเด็นเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยตรงแต่เป็นกรณีที่มีมูลเหตุเบื้องต้นมาจากเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองซึ่งอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 คณะมีความเห็นไม่ตรงกันและเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่าหากประเด็นที่ศาลฎีกาพิพากษาไม่ใช่เรื่องของการนำคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการชุดแรกไปให้อนุญาโตตุลาการชุดที่สองวินิจฉัยซ้ำเป็นเรื่องไม่ชอบด้วย พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 23 แล้ว แต่เป็นประเด็นที่ว่าเงื่อนไขการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางนั้นเป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติตามความเห็นของอนุญาโตตุลาการชุดที่สอง หรือเป็นเพียงรายละเอียดประกอบการเสนอหลักการต่อคณะรัฐมนตรีตามความเห็นของอนุญาโตตุลาการชุดแรกเท่านั้น เนื่องจากการชี้ขาดในประเด็นนี้จะทำให้สรุปได้ว่าการปรับขึ้นค่าทางด่วนจะต้องใช้หลักเกณฑ์ตามสัญญาที่กำหนดไว้เดิมหรือตามหลักเกณฑ์แก้ไขใหม่ ซึ่งมีผลต่อมาถึงประกาศของกระทรวงมหาดไทยทั้ง 2 ฉบับว่าฉบับใดชอบด้วยสัญญา

ง. กรณีเรื่องสัญญาระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับ บริษัท จาโก จำกัด - กรณีหย่อนออนไลน์*

สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ทำสัญญาแต่งตั้งให้บริษัท จาโก จำกัด เป็นผู้แทนจำหน่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ (ระบบ On line) เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2539 โดยบริษัท จาโกฯ เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด ต่อมารัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง สั่งให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไปดำเนินการสอบถามประชาชาติจากประชาชนเกี่ยวกับการขายสลากด้วยเครื่องอัตโนมัติก่อน ทั้งที่การดำเนินการได้ล่วงเลยขั้นตอนที่จะกลับไปสอบถามประชาชาติจากประชาชนแล้วก็ตาม และเมื่อประชาชาติส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีเครื่องขายสลากอัตโนมัติ รัฐมนตรีช่วยว่าการ

* ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและรายละเอียดคำพิพากษา ดูในภาคผนวก.

กระทรวงการคลังคนดังกล่าวยังให้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความสัญญาที่ได้ทำกันไว้แล้วอีก ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นตามเรื่องเสร็จที่ 570/2542 ว่า สัญญาที่ทำกันไว้ไม่ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สัญญาไม่ผูกพันสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล ทำให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไม่ยอมดำเนินการใดๆ เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาเป็นเหตุให้บริษัท จาโกฯ เสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยไม่เห็นพ้องตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชดใช้ค่าเสียหายให้บริษัท จาโกฯ เป็นเงิน 2,508,593,718 บาท ต่อมาศาลแพ่งได้พิพากษาให้

กรณีนี้ ไม่ใช่ปัญหาเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยเนื้อหา แต่ที่มีประเด็นน่าสนใจและนำไปพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีปัญหาที่เกิดจากการแก้ไขสัญญาทางปกครอง กรณีที่เป็นเรื่องการไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา กล่าวคือ

กรณีของบริษัท จาโกฯ ทำสัญญาเป็นผู้แทนจำหน่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ (on-line) ตามคำวินิจฉัยที่ 570/2542 นี้ถือเป็นโครงการที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเมื่อไม่ดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติฉบับนี้ สัญญาก็ไม่ผูกพันสำนักงานสลากกินแบ่งทำให้เกิดประเด็นข้อพิพาทไปสู่อนุญาโตตุลาการและสู่ศาลยุติธรรม แต่ยังไม่มีการพิพากษาถึงที่สุดว่ามีผลอย่างไร

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่จะนำมาเป็นกรณีศึกษาในลำดับต่อไปและเป็นกรณีที่เป็นปัญหาการแก้ไขสัญญาสัมปทานโดยตรงแล้ว จะเห็นว่ามี ความแตกต่างกันซึ่งอาจจะเป็นความเห็นเดียวความเห็นเดิมหรือเป็นคนละกรณีกันจึงมีข้อสรุปที่ต่างกัน ซึ่งจะได้พิจารณาในรายละเอียดต่อไปในหัวข้อที่ 5.1.2.2

5.1.2.2 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา⁵

สำนักงานกฤษฎีกามีคำวินิจฉัยจำนวนมากมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่กรณีที่น่าสนใจเป็นกรณีศึกษาจะเป็นบทของปัญหาการแก้ไขสัญญาที่จัดทำขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของสัญญาสัมปทานการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีกรณีคำวินิจฉัยที่สำคัญดังนี้

⁵ สัมมนา “พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และผลกระทบต่อการลงทุนของเอกชนในโครงการขนาดใหญ่” , สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสถาบันกฎหมายอาญา , สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด , วันพุธที่ 16 มิถุนายน 2552 , ณ ห้องพอร์จูน โรงแรมแกรนด์ เมอร์เคียว พอร์จูน กรุงเทพฯ.

ก. เรื่องเสรีจที่ 292/2550 บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ได้ทำสัญญาให้ดำเนินการบริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ กับบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (TAC) ก่อนการแก้ไขสัญญาเพิ่มเติมครั้งที่ 1/2536 กสท. ได้ขอหารือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าต้องดำเนินการตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยว่า โครงการได้ดำเนินการขั้นเสนอและดำเนินโครงการไปแล้วก่อนวันที่ พรบ. นี้ใช้บังคับ ขั้นตอนต่อไปของโครงการมีเพียงดำเนินการตามขั้นตอนการกำกับดูแลติดตามผลตามมาตรา 22 ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาครั้งที่ 2/2539 ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2539 และครั้งที่ 3/2539 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2539 กำหนดเกี่ยวกับการเชื่อมโยงเครือข่ายและการคิดค่าเชื่อมโยงเครือข่าย กสท. จะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้ว เห็นว่า สัญญาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 3/2539 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2539 มีสาระเป็นการขยายระยะเวลาการดำเนินการออกไปอีก 27 ปีนับแต่วันที่ได้รับอนุมัติให้ดำเนินการตามสัญญา โดยกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำที่บริษัท TAC ต้องดำเนินการในเชิงก้าวหน้าภายในระยะเวลาที่กำหนดและต้องดำเนินการขยายเครือข่ายให้บริการในท้องที่จังหวัดใหญ่ๆ รวมทั้งขยายเครือข่ายการให้บริการไปยังส่วนภูมิภาคอื่นๆ ต่อไปโดยเร็ว โดยมีได้กำหนดวงเงินลงทุนขั้นสูงของงานที่บริษัท TAC จะต้องกระทำไว้แต่อย่างใด และยกเลิกเงื่อนไขการคุ้มครองสิทธิให้แก่บริษัท TAC แต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ อีกทั้งยังกำหนดให้ กสท. สามารถให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ของ กสท. ได้ทั่วประเทศโดยไม่จำกัดจำนวนเลขหมายและพื้นที่ ซึ่งเดิม กสท. สามารถให้บริการได้เฉพาะพื้นที่ในเขตกรุงเทพมหานครและจังหวัดข้างเคียงไม่เกิน 45,000 เลขหมาย จึงเห็นได้ว่า ขอบเขตของการดำเนินงานและการให้บริการที่ กสท. กำหนดให้บริษัท TAC ดำเนินการนั้น ยังคงเป็นไปภายใต้ขอบเขตเดิมของโครงการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์กรณีเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินโครงการที่กำหนดไว้ ไม่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่เป็นโครงการใหม่แต่อย่างใด แต่เนื่องจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการและการแก้ไขสัญญาเพียงแต่เสนอคณะกรรมการ กสท. พิจารณา โดยมีได้เสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 และมีได้เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา จึงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนี้มีได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามนัยแห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 การแก้ไขสัญญาจึงเป็นการทำโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย แต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกออกจากสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้นได้ และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้นยังคงมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนหรือใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ความเห็นชอบสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมได้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

กรณีนี้เป็นกรณีปัญหาการแก้ไขสัญญาสัมปทานที่ดำเนินการเมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ใช้บังคับแล้ว แต่ไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งสำนักงานกฤษฎีกาเห็นว่าเป็นการแก้ไขโดยไม่มีอำนาจ แต่กระบวนการที่ไม่ถูกต้องแยกออกจากการแก้ไขสัญญาซึ่งยังคงผูกพันคู่สัญญาอยู่จนกว่าผู้มีอำนาจที่แท้จริงคือคณะรัฐมนตรีจะเพิกถอนหรือเห็นชอบ สรุปว่าสัญญาที่แก้ไขไปยังใช้บังคับได้ แต่ไม่ทำตามขั้นตอนซึ่งในกรณีของบริษัท จาโก จำกัด กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (คำวินิจฉัยที่ 570/2542) นั้น วินิจฉัยในอีกทางหนึ่งว่าไม่ผูกพัน ประเด็นการศึกษาจึงมีอยู่ว่า

1. กรณีการทำสัญญาฉบับใหม่ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หากไม่ทำขั้นตอนอย่างถูกต้อง ไม่ผูกพันรัฐ แต่ถ้าเป็นกรณีแก้ไขสัญญาเกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับ แต่เมื่อมีการแก้ไขภายหลังจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับแล้ว ซึ่งต้องดำเนินการแก้ไขตามที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดแต่ไม่ได้ทำตาม ก็ยังถือว่าการแก้ไขสัญญาผูกพันจนกว่าผู้มีอำนาจตามกฎหมายจะบอกเลิก

2. คำวินิจฉัย 292/2550 กลับแนวคำวินิจฉัย 570/2542 แล้ว ซึ่งจะมีกรณีที่น่ามาศึกษาต่อไปว่าเป็นเช่นไร

ข. เรื่องเสร็จที่ 293/2550 บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ได้ทำสัญญาให้ดำเนินการบริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ กับบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส จำกัด (TAC) เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 เพื่ออนุญาตให้บมจ. TAC ให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ทั่วประเทศ มีกำหนดเวลา 15 ปี ครบกำหนดวันที่ 15 พฤศจิกายน 2549 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญารวม 3 ครั้ง ในปี พ.ศ. 2539 บมจ. TAC ได้ขอโอนสิทธิหน้าที่ให้บริการระบบเซลลูลาร์ Digital PCN 1800 บางส่วนให้บริษัท WCS โดยมีการทำสัญญาให้ดำเนินการบริการดังกล่าวระหว่าง กสท. กับบริษัท WCS ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท ทูมูฟ จำกัด เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2539 ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีผลใช้บังคับแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาแล้ว มีความเห็นดังนี้

1. ตามสัญญาที่ กสท. ทำกับ บมจ. TAC จะโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้บุคคลอื่นไม่ได้เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจาก กสท. การที่ กสท. ยินยอมให้ บมจ. โอนสิทธิหน้าที่ให้บริการระบบเซลลูลาร์ Digital PCN 1800 บางส่วนให้บริษัท WCS และได้มีการทำสัญญาให้ดำเนินการบริการดังกล่าวระหว่าง กสท. กับบริษัท WCS ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท ทูมูฟ จำกัด เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2539 ซึ่งถือเป็นสัญญาใหม่อีกฉบับแยกต่างหากซึ่งมีขอบเขตเนื้อหาการให้บริการตลอดจนสิทธิและหน้าที่แตกต่างจากสัญญาที่ กสท. ทำกับบมจ. TAC จึงมีผลว่า กสท. อนุญาตให้สิทธิเอกชนรายใหม่ในการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์เดิมการที่ กสท. อนุญาตให้บริษัท WCS ดำเนินการให้บริการ

วิเทศมนตกรรมระบบเซลล์มูลค่าช่วงความถี่ที่รับโอนจาก บมจ. TAC จึงเป็นการให้บริการสาธารณะด้านการโทรคมนาคม อันเป็นการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ หากวงเงินลงทุนหรือมูลค่าทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปต้องปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

2. เนื่องจากโครงการให้บริการวิเทศมนตกรรมระบบเซลล์มูลค่าที่ดำเนินการโดยบริษัท ทูมูฟ จำกัด ได้กำหนดขอบเขตโครงการและเอกชนผู้ดำเนินการให้บริการเป็นการเฉพาะเจาะจง รวมทั้งได้ให้บริการโครงการไปแล้ว จึงไม่มีกรณีต้องประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการของรัฐ และคัดเลือกเอกชนโดยวิธีประมูล ตามที่บัญญัติไว้ใน พรบ.ดังกล่าวอีก แต่เป็นกรณีที่ต้องนำบทบัญญัติหมวด 3 มาใช้บังคับโดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพแห่งข้อเท็จจริง โดย บมจ. กสท. ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา 13 เพื่อดำเนินการตามมาตรา 21 โดยอนุโลมต่อไป และการดำเนินการกำหนดขอบเขตโครงการและเงื่อนไขสำคัญแห่งสัญญาให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามมาตรา 13 ที่จะพิจารณาตามที่เห็นสมควร

3. ตามประเด็นที่วินิจฉัยข้างต้นแล้ว หากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์รัฐและประโยชน์สาธารณะแล้ว และเห็นว่า การดำเนินการไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหาย สมควรที่จะเพิกถอนสัญญาที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนสัญญาที่ทำขึ้นได้

กรณีนี้ เป็นกรณีศึกษาที่ต่อเนื่องจากคำวินิจฉัยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ 570/2542 และ 292/2550 ซึ่งตามคำวินิจฉัยที่ 293/2550 นี้เห็นว่าเป็นการทำสัญญาให้สัมปทานแก่คู่สัญญารายใหม่ซึ่งก็คือทำสัญญาสัมปทานใหม่นั้นเอง แต่ทำโดยไม่ผ่านขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ทั้งที่เป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า เนื่องจากได้ให้บริการโครงการไปแล้ว ก็ให้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพแห่งข้อเท็จจริง และที่เป็นประเด็นเรื่องผลของสัญญาที่ทำโดยไม่ถูกต้องก็คือผู้มีอำนาจคือคณะรัฐมนตรีสามารถใช้ดุลพินิจเพิกถอนสัญญาที่ทำขึ้นได้

ข้อสังเกตก็คือคำวินิจฉัยฉบับที่ 293/2550 นี้ ข้อเท็จจริงเริ่มมาจากการแก้ไขสัญญาทางปกครองแต่เป็นการแก้แบบเปลี่ยนคู่สัญญาจึงถือว่าทำสัญญาสัมปทานฉบับใหม่ ดังนั้นจึงอาจสรุปว่า คำวินิจฉัยของกฤษฎีกาในเรื่องผลผูกพันของสัญญาที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้นได้ข้อยุติแล้วว่า มีผลผูกพันแต่ผู้มีอำนาจมีดุลพินิจเพิกถอนได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการแก้ไขสัญญาฉบับเดิมหรือทำสัญญาฉบับใหม่ก็ตาม และถือว่าเป็นการกลับแนวคำวินิจฉัยแล้ว ซึ่งหากย้อนไปดูกรณีบริษัท จาโก (ห้วย

ออนไลน์) จะเห็นว่าเป็นคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับอนุญาโตตุลาการ และคำพิพากษาของศาลแพ่งและเป็นที่น่าสนใจว่าศาลฎีกาจะพิพากษาเช่นไรในแง่ผลเรื่องค่าเสียหายและผลในแง่ความผูกพันของสัญญาที่ทำระหว่างกัน

ค. เรื่องเสรีจที่ 294/2550 โดยที่โครงการให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า ซึ่งดำเนินการโดย บมจ. TAC เป็นโครงการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กสท. และ บมจ. TAC ได้ลงนามสัญญาของโครงการตั้งแต่วันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 และได้มีการดำเนินการตามสัญญาแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ การดำเนินการขั้นต่อไปของโครงการจึงอยู่ในบังคับมาตรา 25 ซึ่งคงมีเพียงการดำเนินการตามขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินงานตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้นการโอนสิทธิและหน้าที่ของ บมจ. TAC ในการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าตามสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 บางส่วนให้แก่บริษัท DPC จึงกระทำได้ แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บริษัท DPC บมจ. TAC ได้ตกลงมอบความถี่วิทยุคมนาคมระหว่าง 1747.9 MHz ถึง 1760.5 MHz ให้แก่ กสท. และ กสท. ได้อนุญาตให้บริษัท DPC ใช้ความถี่วิทยุคมนาคมช่วงดังกล่าวโดยมีการทำสัญญาระหว่าง กสท. กับบริษัท DPC ขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่งเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2539 แยกต่างหากจากที่ กสท. ทำกับ บมจ. TAC โดยข้อ 1 ของสัญญาที่ทำขึ้นใหม่นี้กำหนดขอบเขตและเนื้อหาของดำเนินการ ผลประโยชน์ตอบแทนรัฐแยกอิสระจากสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าระหว่าง กสท. และ บมจ. TAC การที่ กสท. ตกลงอนุญาตให้บริษัท DPC ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าช่วงคลื่นความถี่ที่รับโอนจาก บมจ. TAC จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐด้วยวิธีการมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยการให้สัมปทาน และหากการลงทุนนี้มีวงเงินหรือมูลค่าทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

กรณีนี้เป็นปัญหาเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยเรื่องเสรีจที่ 293/2550 ประเด็นคือการแก้ไขสัญญาแต่เนื้อหาแท้จริงแล้วเป็นการทำสัญญากับคู่สัญญาใหม่ ซึ่งคำวินิจฉัยก็ใช้หลักเดียวกันคือสัญญามีผลผูกพันแต่ผู้มีอำนาจมีดุลพินิจยกเลิกได้

โดยสรุปแล้ว ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นี้ อำนาจเรื่องการแก้ไขสัญญายังขาดหลักเกณฑ์เรื่องเอกสิทธิ์ที่ควรจะปรากฏอยู่ แต่ที่สำคัญที่สุดคือขาดกระบวนการและขั้นตอนการแก้ไขสัญญาที่ชัดเจน ซึ่งจะได้นำเสนอในบทที่ 6 ต่อไป

5.1.3 กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองมีข้อสัญญาร่วมกันเป็นหนังสือ

เมื่อข้อสัญญาทางปกครองได้มีการระบุงการแก้ไขสัญญาต้องตกลงร่วมกันเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญา หรือหากจะมีการแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น ทำให้การแก้ไขสัญญาต้องแก้ไขร่วมกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งหากฝ่ายรัฐจะแก้ไขสัญญาโดยใช้เอกสิทธิ์จะต้องมีการทำข้อตกลงร่วมกัน

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายจึงมีว่าฝ่ายรัฐจะใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอน หรือวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาที่ต้องแก้ไขร่วมกันเป็นหนังสือ โดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในสัญญาฝ่ายเดียวโดยใช้เอกสิทธิ์ได้หรือไม่ ซึ่งรัฐได้ทำสัญญาทางปกครองโดยมีเงื่อนไขลักษณะเช่นนี้ในสัญญาต่างๆ เช่น

สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ฉบับลงวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ข้อ 25.1 ระบุว่า “การเปลี่ยนแปลงต้องเป็นหนังสือ การเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลง หรือการแก้ไขสัญญานี้ จะมีผลผูกพันต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ และลงนามโดยตัวแทนผู้มีอำนาจของแต่ละฝ่าย” สัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 35.3 ระบุว่า “สัญญาสัมปทานฉบับนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ โดยทำข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญานี้ขึ้นและ โดยพิธีการเช่นเดียวกับการทำสัญญาสัมปทานฉบับนี้”

สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ ระหว่างกรุงเทพมหานคร กับบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด ฉบับลงวันที่ 9 เมษายน 2535 ข้อ 34.1 ระบุว่า “สัญญานี้ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติม เว้นแต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมนั้น จะได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทุกฝ่าย”

การแก้ไขสัญญาในกรณีที่มีข้อสัญญาระบุไว้ว่าต้องทำร่วมกันเป็นหนังสือในสัญญามีการกำหนดให้ต้องทำร่วมกันไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลง การเพิ่มเติมข้อความโดยได้มีการลงชื่อของคู่สัญญาทุกฝ่าย กรณีนี้เป็นสภาวะเหตุการณ์ปกติทั่วไป หากเป็นเหตุการณ์ที่เป็นเหตุจำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะตามบทบัญญัติของกฎหมายคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจหรือไม่นั้น มีความคิดเห็นแบ่งออกเป็นสองประการ

1) ข้อกำหนดในสัญญาต้องปฏิบัติตาม

แนวความเห็นแรกในกรณีนี้เป็นเหตุการณ์ปกติทั่วไป สภาวะการณ์ของสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง ตลอดจนฐานะสภาพคล่องทางการเงินของคู่สัญญาหรือความเป็นอยู่ของประชาชน เหล่านี้เป็นต้น สัญญาทางปกครองมีข้อกำหนดอย่างไรก็ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด คู่สัญญา

ฝ่ายรัฐจะใช้เอกสิทธิ์แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในเหตุการณ์สภาวะปกติยังไม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เมื่อฝ่ายรัฐทำสัญญากับฝ่ายเอกชน ฝ่ายรัฐมักจะกำหนดข้อความบางอย่างไว้ในสัญญาเพื่อให้ตนมีอำนาจในการควบคุม (Le Pouvoir de Contrôle) และอำนาจในการลงโทษ (Le Pouvoir de Sanction) อำนาจในการควบคุมโดยทั่วไปแล้วอำนาจของฝ่ายรัฐที่จะ “ควบคุม” คู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ปฏิบัติตามสัญญากำหนดไว้ในกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ (Réglementations) ของฝ่ายรัฐและในทางกลับกันข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ นั้นอาจส่งผลต่อฝ่ายรัฐให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาด้วยเช่นกัน จึงทำให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นจะต้องกระทำตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งการกำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน อาจจะถูกถือได้ว่าเป็นการตัดสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เมื่อมีข้อกำหนดอยู่ในสัญญาต้องปฏิบัติตาม กรณีนี้เป็นเหตุการณ์ปกติทั่วไปคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องปฏิบัติตามสัญญา

2) การไม่ยึดถือข้อกำหนดในสัญญา

แนวความเห็นที่สอง เมื่อเหตุการณ์หรือมีสถานการณ์ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเหตุแห่งความจำเป็น ดังต่อไปนี้

คำว่า “เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ” หมายความว่า ประเทศตกอยู่ในภาวะสงคราม เช่น ถูกรุกรานจากอริราชศัตรู หรือเกิดสงครามกลางเมืองขึ้นภายในประเทศ เช่น ราษฎรต่างเชื้อชาติ หรือต่างศาสนาทำการรบพุ่งกัน

คำว่า “เพื่อความปลอดภัยสาธารณะ” หมายความว่า ได้มีภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยขึ้น เช่น เกิดการกบฏ หรือการจลาจล

คำว่า “เพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ” หมายความว่า มีภัยอันตรายคุกคามประเทศในทางเศรษฐกิจ เช่น ฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ มีคนว่างงานมาก

คำว่า “เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ” หมายความว่า ได้มีพิบัติสาธารณะเกิดขึ้นแล้ว หรือใกล้จะเกิดขึ้น เช่น มีน้ำท่วม แผ่นดินไหว โรคระบาดหรืออัคคีภัยร้ายใหญ่ๆ

คำว่า “เพื่อประโยชน์สาธารณะ” หมายความว่า เป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชนเป็นวิธีดำเนินการที่ให้รัฐมีอำนาจเหนือปัจเจกชน เพื่อดำเนินการให้ประโยชน์สาธารณะนั้นบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมาย

แนวความเห็นทั้งสองนี้ ผู้ที่วินิจฉัยในเหตุจำเป็นนี้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยมีอำนาจสูงสุด รัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี เป็นต้น แม้ว่าในระดับหน่วยงานราชการ กระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ แต่ละแห่งจะเป็นคู่สัญญาก็ตาม

การใช้อำนาจวินิจฉัยในเหตุแห่งความจำเป็นก็ควรจะเป็นของคณะผู้มีอำนาจสูงสุด เมื่อเห็นว่าเป็นเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การไม่ยึดถือข้อกำหนดในสัญญา ก็อาจเกิดขึ้นได้ในชั้นตอนนี้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาด้วยการไม่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา ปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อมีเหตุจำเป็น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยึดถือข้อกำหนดในสัญญา โดยการใช้สิทธิ์แก้ไขสัญญาด้วยการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งกรณีการแก้ไขเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐอย่างสมบูรณ์แบบซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวต่อไป

5.1.4 กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองอื่นๆ

ในหัวข้อปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองอื่นๆ มีประเด็นที่น่าสนใจและควรนำมาพิจารณา ซึ่งได้แก่

1. ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยมติคณะรัฐมนตรี
2. ปัญหาการออกคำสั่งบังคับให้แก้ไขสัญญาทางปกครอง

ซึ่งจะได้พิจารณาเป็นลำดับไป ดังนี้

5.1.4.1 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยมติคณะรัฐมนตรี

จากกรณีศึกษาที่ผ่านมาจะเห็นว่าหน่วยงานของรัฐเมื่อต้องการแก้ไขสัญญา จะต้องได้รับการพิจารณาและอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีอำนาจสั่งการสูงสุดในฝ่ายบริหาร ในกรณีเป็นการให้บริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือของทางราชการ จึงมีสภาพปัญหาข้อกฎหมายการใช้เอกสิทธิ์ตามกฎหมาย และตามข้อสัญญาทางปกครองว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับค่าตอบแทนให้แก่รัฐหรือการเพิ่มการลดค่าบริการต่างๆ เข้าไปในสัญญาทางปกครองโดยใช้เอกสิทธิ์ได้เพียงใดซึ่งจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

- 1) การแก้ไขราคาในสัญญาสัมปทานการประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.)

การปรับค่าน้ำประปามีระบุไว้ในแต่ละปีตามสูตรการคำนวณของสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปรับค่าน้ำประปาให้ถือว่าเป็นการผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงไม่มีอำนาจแก้ไขสัญญา ในส่วนของค่าน้ำประปาในขณะที่การประปาส่วนภูมิภาคไม่สามารถที่ทำการปรับอัตราค่าน้ำประปาเพิ่มตามได้ เพราะมติคณะรัฐมนตรียังไม่อนุญาตให้ การประปาส่วนภูมิภาคปรับราคา อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรีก็ไม่มีอำนาจไปยังยังการปรับราคาค่าน้ำประปาตามสัญญา ระหว่างการประปาส่วนภูมิภาคกับบริษัท คู่สัญญาฝ่ายเอกชน การที่การประปาส่วนภูมิภาคไม่ได้รับการพิจารณาให้ปรับอัตราค่าน้ำให้สะท้อนต้นทุนที่แท้จริง นอกจากจะทำให้ประสบปัญหาการขาดทุนโดยภาพรวมแล้วนโยบายต่างๆ ก็จะมีผลกระทบตาม

ไปด้วยตามฐานต้นทุนที่แท้จริงของปี 2549 อันเป็นผลมาจากมติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งจะต้องกำหนดอัตราค่าน้ำเพิ่มจาก 11.75/ลบ.ม. เป็น 15.28บาท/ลบ.ม.

เมื่อวันอังคารที่ 9 เดือนมิถุนายน พ.ศ. 2541 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ปรับค่าน้ำเพิ่มทุกกลุ่มเดือนละ 50 สตางค์/ลบ.ม. ตั้งแต่ค่าน้ำเดือนมิถุนายน 2541 ไปจนถึงเดือนมกราคม 2542 รวม 8 เดือน จนราคาขายเฉลี่ยของปี 2542 เท่ากับ 11.75บาท/ลบ.ม. การปรับอัตราค่าน้ำประปาเป็นการปรับตามสัญญาที่ได้กำหนดไว้ แต่จำนวนเงินที่ปรับขึ้นนั้นก็ยังคงอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายรัฐตามที่เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งหากคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจไม่ปรับค่าน้ำประปาให้ตามสัญญา หรือระงับการปรับตามสัญญาก็จะส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะผิดสัญญาได้

กรณีนี้ ประเด็นปัญหาคือถึงแม้ว่าโดยสัญญาจะให้ปรับค่าน้ำประปาได้แต่การปรับต้องมีมติคณะรัฐมนตรีก่อน และจำนวนเงินที่ปรับก็ต้องอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายรัฐ แต่ทั้งนี้จะไม่ปรับหรือระงับการปรับไม่ได้ถือว่าผิดสัญญา

อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีที่ผ่านมายังไม่ปรากฏว่ามีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับอัตราค่าน้ำประปาเข้าไปในสัญญา

2) กรณีของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย

การปรับราคาขึ้นค่าโดยสารรถไฟฟ้าใต้ดิน การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ได้มีการเจรจากับ บริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) หรือ BMCL ผู้รับสัมปทานมีการตกลงในหลักการให้มีการปรับขึ้นค่าโดยสารตามเงื่อนไขในสัญญา ค่าโดยสารจะปรับจาก 14-36 บาท เป็น 15-39 บาท เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบการกำหนดอัตราค่าโดยสารรถไฟฟ้า สำหรับโครงการรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคลโดยกำหนดให้อัตราค่าโดยสารเริ่มต้นที่ 15 บาท สูงสุด 39 บาท*

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจแก้ไขปรับราคา ค่าโดยสารกรณีมีข้อกำหนดไว้ในสัญญาซึ่งเป็นเหตุปกติ แต่ยังไม่ปรากฏว่าหากมีเหตุจำเป็นแล้วคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาปรับค่าโดยสารได้เพียงใดนั้น หากมีการระงับไม่ให้มีการปรับขึ้นค่าโดยสารไม่ว่าในเหตุปกติ หรือมีเหตุจำเป็นก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องเสียค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

กรณีนี้ การปรับตามปกติกำหนดเอาไว้ในสัญญาแล้ว คณะรัฐมนตรีไปเปลี่ยนแปลงไม่ได้ แต่ถ้ามีเหตุจำเป็นแล้ว คณะรัฐมนตรีน่าจะใช้ออกสิทธิ์ที่จะให้ปรับหรือไม่ให้ปรับหรือให้ปรับเพียงใดก็ได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะคัดค้านมิได้

* วันอังคารที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2549 คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดอัตราค่าโดยสารรถไฟฟ้า สำหรับโครงการรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล โดยให้อัตราค่าโดยสารเริ่มต้นที่ 15 บาท สูงสุด 39 บาท ผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 กรกฎาคม 2549

3) กรณีของทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์

วันอังคารที่ 11 เดือนเมษายน พ.ศ. 2549 กระทรวงคมนาคมขอความเห็นชอบ ข้อตกลงในการแก้ไขปัญหาการขาดทุนของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) คณะรัฐมนตรีมีมติรับทราบตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอมา

คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้มีการเจรจาแก้ไขปัญหาการจราจรบนถนนวิภาวดีรังสิตโดยให้ปรับเปลี่ยนลดราคาค่าผ่านทางของทางยกระดับตลอดสายในอัตราค่าผ่านทาง 20 บาท ต่อคัน สำหรับรถยนต์ที่มีล้อไม่เกิน 4 ล้อ และลดค่าผ่านทางสำหรับรถยนต์ที่มีล้อเกินกว่า 4 ล้อ ลงเหลือไม่เกิน 50 บาท ต่อคัน

กรณีนี้เป็นการเจรจาโดยมีค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ให้ความยินยอมการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการนั้น ถือเป็นประเด็นสำคัญของสาระสัญญาโดยตรง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวย่อมกระทำไม่ได้ เมื่อครบกำหนดระยะเวลาของการขอลดค่าผ่านทางแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเก็บค่าผ่านทางช่วงดอนเมือง-อนุสรณ์สถาน-รังสิต ในอัตรา 10 บาท จากที่ไม่มีการจัดเก็บทำให้ค่าผ่านทางตลอดสายจากดินแดง-รังสิตจาก 20 บาท ตลอดสายเป็น 30 บาท (20+10 บาท)

กรณีการแก้ไขปัญหาการขาดทุนของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) นั้น การขาดทุนของบริษัทฯ เป็นข้อเรียกร้องที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ยื่นเรื่องต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพื่อเป็นเหตุผลขอความสนับสนุน ให้มีการขยายระยะเวลาสัมปทานและการกำหนดอัตราค่าผ่านทางโดยมีเหตุผลเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบรรเทาความเดือดร้อนอันเกิดจากการขาดทุนซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณารการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงกับบริษัทคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุน เป็นเหตุภายในของตนเอง แต่อาจส่งผลกระทบต่อหลักการให้บริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องนำข้อยุติหรือแนวทางของคดีที่มีการฟ้องร้องกันเกี่ยวกับสัมปทานทางหลวงเป็นเครื่องมือ สำหรับใช้ในการเจรจาต่อรองการขยายอายุสัมปทานหรือการให้ความช่วยเหลืออื่นๆ การปรับโครงสร้างหนี้ การสร้างโครงสร้างเพื่อเชื่อมโยงกับโครงการคมนาคมอื่นๆ มาพิจารณาประกอบ เช่น การใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นในชั้นตอนนี้ เพราะไม่ใช่ความจำเป็นของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่เป็นปัญหาของฝ่ายเอกชน กรณีอัตราค่าใช้บริการสาธารณะได้มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาอัตราค่าบริการแล้ว ปรากฏอยู่ในเงื่อนไขประกอบสัมปทาน ซึ่งจะกำหนดเพดานอัตราของค่าธรรมเนียมอย่างสูงเอาไว้และปล่อยให้ผู้รับสัมปทานสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงค่าบริการได้เอง โดยให้อยู่ภายใต้เพดานที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาสัมปทานบางประเภทได้กำหนดไว้ว่าภายในเพดานที่รัฐจะกำหนดให้ผู้รับสัมปทานใช้อัตราใดก็ได้ แต่อำนาจดังกล่าวนี้เป็นอำนาจตามสัญญาไม่ใช่เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมาคณะรัฐมนตรีส่วนใหญ่มีมติให้ปรับอัตราค่าบริการตามสัญญาที่ได้ทำไว้ ยังไม่ปรากฏว่ามีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับอัตราค่าบริการเข้าไปในสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ฝ่ายรัฐควบคุมการกระทำของตนเอง ให้เป็นไปตามหลักดุลยภาพทางการเงิน (Equation Financière) ในสัญญาทางปกครอง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญจะไม่แก้ไขในส่วนที่เกี่ยวกับการเงิน เพราะจะทำให้กระทบกับดุลยภาพทางการเงิน

ในอดีตที่ผ่านมาเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2541 คณะรัฐมนตรีมีเพียงการรับทราบตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ได้เจรจาต่อรองกับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เพื่อชะลอการปรับอัตราค่าผ่านทางแต่บริษัท ไม่ขยายเวลาการปรับค่าผ่านทางออกไปอีก ซึ่งทำให้มีข้อพิจารณาได้ว่าฝ่ายรัฐไม่สามารถใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาเกี่ยวกับอัตราค่าบริการ ซึ่งต้องเป็นไปตามสัญญาเท่านั้น

5.1.4.2. ปัญหาการออกคำสั่งบังคับให้แก้ไขสัญญาทางปกครอง

การออกคำสั่งบังคับมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายคือ ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งบังคับให้แก้ไขสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ เนื่องจากมีเหตุผลดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเป็นอำนาจที่ฝ่ายรัฐดำเนินการได้เองไม่จำเป็นต้องร้องต่อศาลของแก้ไขสัญญาแต่อย่างใด การฟ้องคดีของคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ศาลสั่งแก้ไขสัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้

ประการที่สอง ศาลมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับสั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอแก้ไขสัญญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อสัญญาระบุไว้ให้กระทำได้นั้น

เนื่องจากคดีของศาลปกครองสูงสุดคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอแก้ไขสัญญาแต่ศาลไม่อนุญาต เพราะเป็นการให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ที่นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา และการออกคำสั่งบังคับต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องคู่สัญญาฝ่ายรัฐข้อพิพาทตามสัญญาร่วมงานการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมายในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาร่วมการงานฯ โดยศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) มีคำสั่งโดยสรุปว่า

การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขสัญญาร่วมการงานฯ และงดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญาร่วมการงานฯ หรือให้แต่งตั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อทำหน้าที่ต่างๆ ตามสัญญาร่วมการงานฯ แทนผู้ถูกฟ้องคดีแล้วแต่

กรณี ถือได้ว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดค่าบังคับแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามสัญญาร่วมการงานฯ เพื่อให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาร่วมการงานฯ ซึ่งการยุติข้อโต้แย้งในสัญญาดังกล่าวตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีในขณะนี้ ไม่อาจมีค่าบังคับของศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาตาม มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดีศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (3) สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาหรือ เงื่อนไขอื่นๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิด หรือความผิดของหน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายค่าบังคับของศาลปกครองสั่งให้กระทำการแก้ไข สัญญาทางปกครองได้หรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยเป็นอำนาจที่ฝ่ายรัฐ ดำเนินการได้เอง ไม่จำเป็นต้องร้องต่อศาลขอแก้ไขสัญญาแต่อย่างใด การฟ้องคดีของคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ ศาลสั่งแก้ไขสัญญา ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาได้เอง เมื่อศาลมีคำพิพากษา การกำหนดค่าบังคับของศาลมีขอบเขตตามกฎหมาย ดังนี้

- 1) สั่งให้ใช้เงิน
- 2) หรือส่งมอบทรัพย์สิน
- 3) หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

กรณีคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) นี้เป็นเรื่องที่ฝ่าย เอกชนไม่ได้มีข้อตกลงให้แก่คู่สัญญาระบุไว้ในข้อสัญญาและไม่ได้ร้องขอเพิกถอนการแก้ไขสัญญาที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งแก้ไขสัญญาและงดเว้นการใช้สิทธิบางประการใน สัญญาศาลจึงไม่สามารถออกคำสั่งให้ได้

ในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองในประเด็นของฝ่ายรัฐใช้อำนาจเอกสิทธิ์ แก้ไขสัญญาทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองพิจารณาแล้วชอบด้วยกฎหมายก็เป็นอัน เสร็จสิ้น หากศาลพิจารณาแล้วไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็เพิกถอนส่วนนั้นเสียทั้งหมด

แต่ในส่วนที่เป็นดุลพินิจของศาลนั้นว่า เมื่อการแก้ไขสัญญาของฝ่ายรัฐมีเหตุ จำเป็น แต่มีบางส่วนเกินขอบเขตแห่งอำนาจของฝ่ายรัฐที่ปรากฏอยู่ในสัญญาทางปกครอง ศาลมีอำนาจ กำหนดลงไปเป็นค่าบังคับได้ โดยให้ฝ่ายรัฐกระทำการตามความหมายของคำว่า “ให้กระทำการ” ซึ่งอำนาจ

ของศาลที่ออกคำสั่งให้กระทำการ กรณีฝ่ายรัฐแก้ไขสัญญา ศาลมีอำนาจสั่งแก้ไขให้อยู่ในขอบเขตของอำนาจของฝ่ายรัฐได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากส่วนที่แก้ไขเป็นส่วนที่เกินขอบเขตอำนาจของฝ่ายรัฐนั่นเอง

หากศาลไม่มีคำสั่งให้แก้ไขสัญญาได้กำหนดไว้ในคำสั่งแล้ว จะทำให้สัญญาทางปกครองที่แก้ไขโดยฝ่ายรัฐนั้น มีการใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้

อย่างไรก็ตาม กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอให้ศาลสั่งให้รัฐแก้ไขสัญญานั้น หากเป็นกรณีของประเทศเยอรมันแล้ว สามารถดำเนินการได้ตามมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังที่นำเสนอในบทที่ 3 แล้ว เนื่องจากสัญญาทางปกครองของเยอรมันถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ⁶

5.2 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว

กรณีเมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเกิดขึ้น ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองทันที เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายรัฐหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ (Les Prerogatives de la Puissance Publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายรัฐนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายรัฐ ที่มีเหนือเอกชนเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมในการจัดทำบริการสาธารณะ การใช้อำนาจฝ่ายรัฐมีขอบเขตอันจำกัด จะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นเท่านั้น โดยไม่ถือว่าฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญาแต่อย่างใด เพราะมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

5.2.1 การแก้ไขสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามกฎหมายปกครอง⁷

เมื่อฝ่ายคู่สัญญาฝ่ายรัฐเล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขหรือเลิกสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งฝ่ายรัฐเป็นผู้วินิจฉัยเหตุแห่งความจำเป็น และเป็นทั้งผู้ใช้เอกสิทธิ์ในคราวเดียวกัน การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง จึงต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ความมั่นคงทางเศรษฐกิจจึงมีประเด็นปัญหาทางกฎหมาย

กรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อประโยชน์ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อความปลอดภัยของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมายให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี, แสดงความเห็นในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เมื่อ 21 มีนาคม 2554 ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ศาลไม่ควรมีดุลยพินิจเพื่อตัดอำนาจของศาลเอง ซึ่งผู้จัดทำวิทยานิพนธ์มีความเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจและควรนำเสนอเอาไว้โดยเห็นว่าในอนาคตไม่ว่าอาจมีการเปลี่ยนแปลงความเห็นของศาลปกครองสูงสุดในกรณีเช่นนี้

⁷ อภิชาติ แจ้งยุบล, “เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต: กรุงเทพฯ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2550, หน้า 86 -94.

กฎหมายใช้คำว่า “เพื่อ” เมื่อยังไม่เกิดเหตุขึ้น แต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสังเกตเห็นผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคต คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจเอกสิทธิ์ตามกฎหมายนั้นล่วงหน้า หรือใช้อำนาจเมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นหรืออย่างใดอย่างหนึ่ง จะต้องพิจารณาถ้อยคำในแต่ละความหมาย ซึ่งได้พิจารณาดังที่แสดงถึงความหมายของเหตุจำเป็นมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา

ในแต่ละเหตุการณ์มีความหมายว่า เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศหรือเพื่อความปลอดภัยสาธารณะหรือเพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เหล่านี้เป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้สังเกตเห็น หรือมีการวิเคราะห์ข้อมูลแล้วเห็นว่าจะเกิดเหตุการณ์ต่างๆ ข้างต้น หากปล่อยทิ้งไว้ความเสียหายจะเกิดขึ้นต่อส่วนรวม คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ในเหตุต่างๆ นี้ได้ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ในส่วนของเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ที่ดำเนินการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจใช้เอกสิทธิ์เพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ได้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นๆ เพื่อสร้างความสมดุลประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับสิทธิของประชาชน

เมื่อพิจารณาด้านบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกรณีมีอำนาจเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล เมื่อเปรียบเทียบแล้วจึงเห็นได้ว่าในทางหลักกฎหมายปกครองให้เอกสิทธิ์ในเรื่องของสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ไม่มีข้อจำกัด แต่เมื่อมีกฎหมายเฉพาะด้านแล้ว การใช้เอกสิทธิ์จะถูกจำกัดอย่างมาก เฉพาะเหตุจำเป็นในเหตุการณ์ต่างๆ เท่านั้น เช่น ตามมาตรา 68 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

เนื่องจากพื้นที่ป่าไม้ถูกทำลายและเสื่อมโทรมลง จนเป็นเหตุให้เกิดสภาวะการขาดความสมดุลของสภาพแวดล้อม จึงเป็นการจำเป็นต้องใช้พื้นที่ป่าไม้ในเขตสัมปทาน รัฐได้ออกคำสั่งประกาศยกเลิกสัมปทานป่าไม้เป็นการออกโดยกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸ การออกคำสั่งของรัฐอันเนื่องมาจากพื้นที่ป่าไม้ถูกทำลายและเสื่อมโทรมลงจนเป็นเหตุให้เกิดสภาวะการขาดความสมดุลของสภาพแวดล้อม

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8363/2538.

กรณีนี้เป็นความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ป่าไม้ในเขตสัมปทานจึงประกาศยกเลิกสัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้อำนาจเอกสิทธิ์เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะที่เกิดขึ้นแล้ว และอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งในขณะนี้เมื่อเหตุการณ์น้ำท่วมบ้านเรือนของประชาชนเป็นจำนวนมาก และเกิดความเสียหายจากการทำลายป่าไม้ที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติ ศาลได้มีคำวินิจฉัยเหตุแห่งความจำเป็นตามกฎหมาย ทำให้เห็นถึงการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อันเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เกิดจากความจำเป็นตามสถานการณ์ โดยยึดถือข้อกำหนดเป็นสำคัญ นอกจากนี้การใช้อำนาจของคู่สัญญาออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเดิมที่ออกไว้โดยผิดพลาด เพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะก็ย่อมกระทำได้ เช่น กระทรวงอุตสาหกรรมไม่ทราบว่าเป็นพื้นที่ที่ได้ออกประทานบัตรเหมืองแร่พิพาทให้แก่ผู้ขอประทานบัตรเป็นพื้นที่ที่อยู่บริเวณใกล้เคียงกับโบราณสถานที่ยกมรดกโลก ได้มีการขึ้นทะเบียนไว้ และไม่ทราบว่าเป็นที่ตั้งของประทานบัตรของโจทก์ ซึ่งเป็นสถานที่ที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ โบราณคดีและโบราณวัตถุ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 9 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 สั่งเพิกถอนประทานบัตรดังกล่าว จึงขอด้วยกฎหมาย⁹ คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับอนุญาตให้ทำสัมปทานเหมืองแร่โดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเพิกถอนได้โดยไม่มี ความผิด

กรณีดังกล่าวข้างต้นกฎหมายมีจุดประสงค์ให้ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ เพื่อดำเนินงานบริการสาธารณะไปอย่างต่อเนื่องเพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ เพื่อความมั่นคง และปลอดภัยต่อสังคม เพื่อความเหมาะสมกับสภาพของสังคม การดำเนินบริการสาธารณะจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายรัฐ ในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมดำเนินการในกิจการบริการสาธารณะ การบริหารสัญญาให้มีประสิทธิภาพเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ การให้ความคุ้มครองที่ไม่ต้องถูกฟ้องร้องใดๆ ต่อศาลได้ อันเป็นการให้ฝ่ายรัฐมีความคุ้มครองจากกฎหมาย ซึ่งมีจุดประสงค์โดยทั่วไปของการให้ฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ ดังนี้

ก. เพื่อให้สามารถดำเนินการงานบริการสาธารณะไปอย่างต่อเนื่อง

เมื่อกิจการบริการสาธารณะมีเหตุจำเป็นอันอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา โดยมีเหตุปัจจัยภายนอกอันไม่อาจคาดการณ์ได้ หากมีการดำเนินกิจการโดยฝ่ายเอกชนต่อไป อาจจะประสบปัญหาการหยุดชะงักและส่งผลกระทบต่อส่วนรวม จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องให้อำนาจฝ่ายรัฐเข้าไปดำเนินการบริการสาธารณะไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งการบริหารงาน การดำเนินงานให้บริการ รวมทั้งงบประมาณ ความต่อเนื่องของงานบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายรัฐจะเข้าแทนที่ฝ่ายเอกชนในกิจการที่ดำเนินอยู่นั้น โดยเป็นไปตามหลักกฎหมาย หรือตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะด้าน หากไม่เข้าดำเนินการแทนที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแรงต่อส่วนรวม

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8403/2540.

ข. เพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์

เมื่อเหตุความจำเป็นนั้นเกิดขึ้นแล้ว ช่วงเวลาที่ฝ่ายรัฐจะเข้ามาแทนที่ฝ่ายเอกชนเป็นจุดที่แสดงถึงการใช้อำนาจรัฐอย่างทันทั่วทั้งที่ จุดแห่งการเข้าแทนที่จึงเกิดขึ้นได้ทั้งก่อนและหลังเหตุจำเป็น แต่ไม่ควรจะล่วงเวลานานจนเกินสมควร ฝ่ายรัฐได้เล็งเห็นหรือมีการวิเคราะห์ข้อมูลแล้ว เห็นว่าจะเกิดเหตุการณ์ หากปล่อยทิ้งไว้ความเสียหายจะเกิดขึ้นต่อส่วนรวม ฝ่ายรัฐก็มีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้สำหรับการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ ซึ่งจะส่งผลให้สามารถป้องกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดได้อย่างทันทั่วทั้งที่ เพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขแก่ชุมชน ฝ่ายรัฐจึงต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และใช้อำนาจนั้นได้อย่างทันทั่วทั้งที่

ค. เพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคม

ความมั่นคงและความปลอดภัยเกิดขึ้นได้ทั้งภายในประเทศและภายนอกประเทศ ซึ่งเป็นได้ทั้งกรณีการสู้รบ การรุกราน การก่อการร้าย การชุมนุมประท้วง การขัดแย้งของกลุ่มบุคคล กฎหมายมีจุดประสงค์ให้อำนาจฝ่ายรัฐเพื่อเข้ามาให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย การให้หลักประกันแก่ประชาชนสำหรับการคุ้มครอง ถือเป็นสิทธิลำดับแรกที่ฝ่ายรัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองโดยไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกมาตรการความมั่นคงและความปลอดภัย หรือการใช้กำลังพลของฝ่ายรัฐสำหรับการนี้ การรักษาสีทธิเสรีภาพของประชาชน จึงเป็นจุดประสงค์ของกฎหมาย

ง. เพื่อความเหมาะสมกับสภาพของสังคมในขณะนั้น

เนื่องจากในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากทั้งต่อสังคมและเศรษฐกิจ การเงินการคลัง การดำเนินธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ มีความสลับซับซ้อน ทำให้ส่งผลต่อความเป็นอยู่ของประชาชน จึงจำเป็นต้องสร้างกลไกในการควบคุมหรือส่งเสริมกิจกรรมต่างๆ ของประชาชนให้มีประสิทธิภาพทัดเทียมกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งจะส่งผลให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคมส่วนรวม

จ. เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ

การดำเนินการบริการสาธารณะเพื่อให้กิจการมีความชอบด้วยกฎหมายในบางกรณีฝ่ายรัฐจึงต้องมีอำนาจในการออกคำสั่ง หรือมาตรการต่างๆ สำหรับการบริหารงานเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ และบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นได้ หรือการที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมโดยมิได้วางกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดตายตัวในการปฏิบัติ ซึ่งความเคร่งครัดในการออกคำสั่งและการบังคับจนเกินไป อาจถูกต่อต้านนำไปสู่ความไม่สามารถบรรลุผลการดำเนินการบริการสาธารณะได้ กฎหมายจึง

ต้องให้เอกสิทธิ์ฝ่ายรัฐ โดยมีจุดประสงค์ที่จะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุง หรือเลิกสัญญาได้ เมื่อเล็งเห็นว่า หากให้ฝ่ายเอกชนดำเนินการต่อไปแล้วไม่มีประสิทธิภาพ จุดประสงค์นี้เองที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายรัฐ เพื่อให้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาหรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

ในกรณีเกี่ยวกับกฎหมายป่าไม้ กฎหมายแร่ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ กฎหมายทางหลวงสัมปทาน กฎหมายควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง กฎหมายการประปาส่วนภูมิภาค กฎหมายการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน กฎหมายการประกอบกิจการโทรคมนาคม กฎหมายการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง กฎหมายการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จึงมีข้อพิจารณาได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจเอกสิทธิ์ที่มีบัญญัติกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งจะใช้อำนาจได้เฉพาะในกรณีที่มีเหตุการณ์ความจำเป็นหรือสถานการณ์ที่ร้ายแรง หรือเหตุการณ์ฉุกเฉินเท่านั้นและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่ครอบคลุมถึงกิจการในทางอุตสาหกรรมและกิจการของพาณิชย์กรรมที่มุ่งแสวงหากำไร การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมาย

จึงมีข้อจำกัดต้องเป็นตามสถานการณ์ที่ร้ายแรงเท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้มีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ให้กระทำการใดได้ตลอดเวลา แต่มีขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์อยู่อย่างจำกัด โดยไม่ได้เปิดกว้างให้เอกสิทธิ์เหมือนกับในข้อสัญญาทางปกครอง

เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้นิติบุคคลจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยให้ฝ่ายรัฐมีอำนาจพิเศษที่สำคัญมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชน วิธีการนี้ทำให้ฝ่ายรัฐมีอำนาจเรียกว่าอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Les Prerogatives de la Puissance Publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายรัฐนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายรัฐที่มีเหนือเอกชน ใช้เพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมในการจัดทำบริการสาธารณะ การใช้อำนาจฝ่ายรัฐมีขอบเขตอันจำกัดจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็น

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐตามบัญญัติของกฎหมายจึงมีขอบเขตอันจำกัดเฉพาะในเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในเหตุการณ์ของภัยพิบัติสาธารณะความปลอดภัยของประเทศ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นเหตุการณ์ร้ายแรงและฉุกเฉินเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเพื่อความมั่นคงของชาติหรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือความมั่นคงของชาติ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการให้สัมปทานสิ้นสุดลงทั้งแปลงหรือหยุดทำกิจการเป็นการชั่วคราว หรือตัดเขตพื้นที่ออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

2) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตี ในกรณีที่มีความจำเป็นใช้เนื้อที่ประทานบัตรแร่เพื่อประโยชน์สาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นของรัฐ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ประทานบัตรแร่ได้

3) ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515 รัฐมนตรีเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมกิจการสัมปทานในภายหลังก็ได้

4) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 สัญญาที่ได้มีการลงนามแล้ว เมื่อฝ่ายรัฐมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญา การแก้ไขต้องไม่ทำให้ราชการต้องเสียประโยชน์ หรือการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

5) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 22 ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนอายุสัมปทานสิ้นสุดอายุได้ และรัฐมีอำนาจเข้ายึดครอบครองอุปกรณ์ทั้งหมดได้

6) พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 มาตรา 50 ในกรณีมีเหตุจะเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทาน โดยรัฐต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน

7) พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 33 เมื่อการประปาส่วนภูมิภาคมีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ในการจัดสร้างระบบประปา ให้มีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

8) พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 29 เพื่อประโยชน์แก่การระงับหรือป้องกันอันตรายที่อาจมีแก่ประชาชน หรือความมั่นคงของประเทศ ฝ่ายรัฐมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ผลิตพลังงานปฏิบัติตามคำสั่งได้

9) พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 31 เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติที่อาจเกิดความเสียหายต่อส่วนรวม ให้ฝ่ายรัฐมีการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยผู้รับอนุญาตมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

10) พระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 มาตรา 8 ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของประเทศ การป้องกันและแก้ไขการขาดแคลนน้ำมันเชื้อเพลิง รวมทั้งการกำหนดและควบคุมคุณภาพน้ำมันเชื้อเพลิง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว และที่ยังมิได้มีการกำหนดเงื่อนไข ตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควรก็ได้

11) พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 53 ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อการรักษาประโยชน์ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ผู้รับสัมปทานกระทำ การหรือแก้ไขการใด หรือเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือให้มีอำนาจเข้า ครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทานได้ โดยจ่ายค่าทดแทนให้ตามความเป็นจริงแต่ไม่เกินจำนวนเงินที่ กำหนดไว้ในสัมปทาน

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเพิกถอนให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่ง ประเทศไทยมีอำนาจเข้าครอบครองกิจการที่ให้สัมปทานได้ และให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามความเป็นจริงแต่ไม่เกินจำนวนเงินค่าทดแทนที่กำหนดใน สัมปทานในกรณีที่จะต้องจ่ายเงินค่าทดแทน

ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนไว้ให้คณะรัฐมนตรี แต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งเพื่อกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทน ที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับสัมปทานประกอบด้วย ผู้แทนของผู้รับสัมปทาน ผู้แทนการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ผู้มีความรู้ความชำนาญในการ ประเมินราคาทรัพย์สินและผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคนเป็นผู้พิจารณาเสนอ ความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี

ทั้งนี้ให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัยชี้แจงให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว การกำหนดเงินค่าทดแทน ของคณะกรรมการอาจกำหนดค่าเสียหายโอกาสให้ด้วยก็ได้

อย่างไรก็ตามเอกสิทธิ์ในกฎหมายปกครองเฉพาะเหล่านี้ยังไม่มีฐานอำนาจ ร่วมกันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำและไม่มีกรอบการใช้เอกสิทธิ์ที่ชัดเจน ซึ่งควรบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายกลางคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ปัจจุบันยังไม่มี ทำให้เกิด ปัญหาได้ รวมทั้งขาดขั้นตอนการดำเนินการทางกฎหมายในเรื่องขั้นตอนการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่ ควรกำหนดเอาไว้ในกฎหมายกลางในการจัดทำบริการสาธารณะโดยการให้เอกชนเข้าร่วม คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพราะการ แก้ไขต้องทำให้เกิดดุลยภาพที่เหมาะสมระหว่างประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและเอกชนตามนิติวิธีของ กฎหมายมหาชน ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 6 ต่อไป

5.2.2 การแก้ไขสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ไม่มีในข้อกฎหมายและข้อ สัญญาทางปกครอง¹⁰

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น

¹⁰ อภิชาติ แจ่มยุบล , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 124-126.

หน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้
(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเรื่องสัญญาทางปกครอง ครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ประการแรก “คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับการมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมงานดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครอง

มาตรา 9 บัญญัติเขตอำนาจศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเรื่องสัญญาทางปกครอง ครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครอง

ในสัญญาทางปกครองได้มีการบัญญัติ ความหมาย เขตอำนาจศาล และการอธิบายความของสัญญาทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงเท่านี้ ซึ่งยังไม่มียกเว้นโดยตรงกับเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง เมื่อศาลปกครองวินิจฉัยคดีสัญญาทางปกครอง ศาลจะพิจารณาข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและสามารถวินิจฉัยได้ว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐนั่นเอง

เมื่อปรากฏลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ กระบวนการใช้อำนาจ ขอบเขตแห่งอำนาจศาล ความรับผิดชอบของฝ่ายรัฐอันเกิดจากเอกสิทธิ์

จากการศึกษามาทั้งหมดทำให้ปรากฏได้ว่า เป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครองซึ่งฝ่ายรัฐนั้นมีอำนาจฝ่ายเดียวในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อมีการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ คือ

1) กระบวนการใช้อำนาจต้องมีหลักเกณฑ์ ที่เป็นกฎหมายควบคุมไว้โดยไม่ให้เกิดจากใช้อำนาจบาตรใหญ่ของรัฐฝ่ายเดียว

2) ขอบเขตแห่งเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรู้ขอบเขตแห่งอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐในขณะที่ทำสัญญาทางปกครองที่ชัดเจน

3) ความรับผิดชอบของฝ่ายรัฐอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ ซึ่งต้องมีไว้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายรัฐมิให้ก่อให้เกิดความเสียหายจนเกินขนาด

แม้ว่าหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ได้ศึกษามาจะเป็นเกณฑ์แห่งการปฏิบัติของฝ่ายรัฐอยู่แล้วก็ตาม เมื่อมีความพยายามบัญญัติสัญญาทางปกครองไว้เป็นกฎหมายได้จนสำเร็จ แต่หลักสำคัญของสัญญาทางปกครองนั้นคือเอกสิทธิ์ กลับต้องอาศัยการตีความตามหลักกฎหมายปกครองในความเป็นอยู่จริง การใช้งบบังคับได้จริง เนื่องจากไม่มีกฎหมายบทบัญญัติไว้โดยตรง ศาลปกครองสูงสุดวางหลักสัญญาทางปกครองและหลักเอกสิทธิ์ไว้สำหรับการแก้ไขสัญญาทางปกครองดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ที่ได้นำเสนอไว้แล้วในตอนท้ายของบทที่ 4

ทั้งนี้ ปัญหาก็คือแม้ฝ่ายรัฐมีอำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวที่จะดำเนินการต่างๆ ได้ในสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่การใช้อำนาจเอกสิทธิ์สมควรที่จะทำให้ปรากฏไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐ อันเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายรัฐใช้อำนาจแอบแฝงหรืออำนาจบาตรใหญ่ และถือเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายรัฐด้วยนั่นเอง

นอกจากนี้แล้ว การมีบทบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์ย่อมจะขจัดความไม่สอดคล้องของกฎหมายหรือการขัดแย้งของกฎหมายในแต่ละฉบับลงได้ รวมทั้งเอกสิทธิ์ที่ไม่มีในข้อสัญญาทางปกครอง โดยยึดถือตามกฎหมายแม่บทเป็นหลัก เมื่อฝ่ายรัฐได้ใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง ย่อมเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวนั้น หากไม่มีบทบัญญัติไว้ในกฎหมาย ก็ควรจะวางหลักกฎหมายไว้โดยคำสั่งของศาลปกครองว่ามีแค่นั้นเพียงไร ซึ่งจากการศึกษาพบว่าศาลปกครองสูงสุดยังมีการวางหลักกฎหมายในเรื่องอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้บางเรื่องเท่านั้น เช่น ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ที่เสนอไว้แล้วในบทที่ 4 ซึ่งเห็น

ว่ายังมีหลักกฎหมายเรื่องการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเอกสิทธิ์อีกหลายลักษณะโดยเฉพาะการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่ยังมิได้มีการวางหลักเอาไว้

นอกจากนั้น ปัญหาเรื่องความรู้ความเข้าใจของผู้เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะ เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เอกชน ผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือชี้ขาด ล้วนเป็นสิ่งสำคัญต่อการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่างๆ และนำมาใช้เมื่อจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะเมื่อมีการแก้ไข ซึ่งหากมีความรู้ที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายแล้ว เชื่อว่าถึงแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร การปรับหลักกฎหมายก็จะมีปัญหาเท่าที่เป็นอยู่หรือที่ผ่านมา

5.3 สรุป

เมื่อพิจารณาตามการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยตามกรอบและแนวทางที่ได้แบ่งออกเป็น 2 หัวข้อหลักแล้ว จะพบข้อสรุปว่า มีประเด็นที่เป็นปัญหาตามหัวข้อทั้ง 2 ดังนี้

5.3.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

ปัญหานี้คือโดยเนื้อแท้แล้วคือปัญหาตามข้อ 5.1 นั่นเอง กล่าวคือเป็นปัญหาในทางปฏิบัติของการนำสัญญาทางปกครองมาใช้เป็นเครื่องมือแล้วเกิดข้อพิพาท ความผิดพลาด และมีความเสียหายเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะจนต้องมีคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยต่างๆ ออกมาเพื่อชี้แจงหลักเกณฑ์อธิบายความหมายตลอดจนวางแนวปฏิบัติว่าที่ถูกต้องที่สมควรนั้นเป็นอย่างไร และเมื่อเกิดกรณีปัญหาที่จำเป็นต้องชี้ขาดอำนาจตุลาการหรือศาลที่มีเขตอำนาจก็ต้องชี้ขาด พิพากษาไปพร้อมกับการวางหลักเกณฑ์ที่ถือเป็นข้อยุติในปัญหาเรื่องนั้น นั่นคือปัญหาของการขาดกระบวนการหรือมาตราที่เหมาะสมนั่นเอง จากการวิเคราะห์ที่ผ่านมาจะเห็นประเด็นพิพาทหลายประเด็น และหลายขั้นตอนของการแก้ไขสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความบกพร่องของกระบวนการแก้ไขสัญญา ความสุจริตของการแก้ไข ฐานะทางกฎหมายของผลของการแก้ไข และที่สำคัญมากที่สุดเรื่องหนึ่งก็คือขอบเขตของการแก้ไขต่อวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาทางปกครองหรือการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นเนื้อหาของการจัดทำสัญญาทางปกครองนั่นเอง ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถือเป็นกระบวนการพัฒนาของสัญญาทางปกครองของประเทศไทย ที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงและปัญหาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเป็นวัตถุดิบในการสร้างหลักเกณฑ์และแนวทางที่เป็นข้อยุติซึ่งบางประเด็นก็เห็นว่าน่าจะชัดเจนแล้ว แต่บางประเด็นก็ยังคงต้องมีพัฒนาการต่อไป เพราะยังไม่มี การนำประเด็นขึ้นชี้ขาดโดยอาศัยผู้มีอำนาจชี้ขาดโดยเฉพาะศาลปกครองสูงสุด อาทิประเด็นเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หากรัฐบาลมีดุลพินิจให้ยกเลิกการแก้ไขเป็นต้น ลักษณะเช่นนี้ยิ่งตอกย้ำให้เห็นถึงพัฒนาการของสัญญาทางปกครองในประเทศไทยที่ต้องผ่านกระบวนการปฏิบัติ การแก้ไขปัญหาคงตมผลึกเป็นหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองต่อไป และปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เกิดจากการใช้

กฎหมายไม่ว่าจะเป็นเรื่องของพัสดุหรือสัญญาทางปกครอง กรณีจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ จะถือเป็นความรับผิดชอบหลักของฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรวินิจัยคือ สำนักงานกฤษฎีกาและสำนักงานอัยการสูงสุด และฝ่ายตุลาการคือศาลปกครองเป็นกลไกสำคัญ ที่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญาและประโยชน์สาธารณะที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาที่เป็นผู้ดูแลประโยชน์สาธารณะเรื่องนั้นๆ รวมถึงคุ้มครองเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาทั้งผู้มีอำนาจทำสัญญาและเจ้าหน้าที่บริหารสัญญา โดยเฉพาะกรณีที่มีการแก้ไขสัญญามิให้ตกเป็นผู้ต้องถูกชี้มูลความผิด ผู้ต้องหา จำเลย หรือต้องชดใช้ค่าเสียหายในฐานะทำละเมิดทางปกครอง ซึ่งเกิดขึ้นอย่างมากและเป็นประจำ สมดังวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายมหาชนนั่นเอง

5.3.2 ปัญหาที่เกิดจากการมีกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ ไม่เหมาะสมและไม่มีความหมายที่ใช้บังคับโดยตรง

ปัญหานี้คือปัญหาตามข้อ 5.2 ที่หมายถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ในปัจจุบันสำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหลักที่เป็นเรื่องของสัญญาทางปกครองอย่างแท้จริง อำนาจฝ่ายเดียวหรืออำนาจเหนือกว่าของคู่สัญญาของรัฐโดยเฉพาะประเด็นการแก้ไขสัญญาทางปกครอง จะมีอยู่กระจัดกระจายตามกฎหมายจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภท เป็นกฎหมายเกี่ยวกับระบบสาธารณสุขประเภทต่างๆ กฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรต่างๆ เป็นต้น แต่กฎหมายกลางที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองโดยตรงหรือเกี่ยวเนื่องกับการทำสัญญาทางปกครองคือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือแม้แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในเรื่องสัญญาทางปกครองในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกลับไม่มีบทบัญญัติเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไม่มีบทบัญญัติโดยตรงเรื่องการแก้ไขสัญญาทั้งที่การแก้ไขสัญญาเป็นเรื่องสำคัญที่สุด เมื่อจำเป็นต้องแก้ไขปัญหาเรื่องความเสมอภาค ความต่อเนื่อง และความทันสมัยของบริการสาธารณะ ตลอดอายุสัญญาทางปกครองเรื่องนั้นๆ ความรับผิดชอบในการพิจารณาปัญหาของการแก้ไขสัญญาทางปกครองต่อกรณีนี้เป็นความรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องแสวงหาหลักเกณฑ์ที่ตกผลึกและรักษาสมดุลของคู่สัญญาทางปกครองได้เหมาะสมที่สุด จึงกำหนดเป็นกฎหมายต่อไป ซึ่งแน่นอนว่าจะต้องเป็นผลพวงมาจากปัญหาการแก้ไขที่เกิดจากการปฏิบัติตามข้อ 5.3.1 ผนวกกับการศึกษาวิจัยทางวิชาการทั้งในประเทศและเปรียบเทียบกับบางประเทศเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญ

นอกจากนั้น ความรู้ความเข้าใจของผู้เกี่ยวข้องคือคู่สัญญา และผู้ให้คำปรึกษาหรือชี้ขาดก็เป็นเรื่องสำคัญที่ควรนำมาพัฒนาต่อไป

ทั้งนี้ในบทที่ 6 ต่อไปจะได้นำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดัง 2 ข้อที่เห็นว่าน่าจะมีประโยชน์ในระดับหนึ่ง ทั้งประเด็นเรื่องการป้องกันปัญหาในการใช้สัญญาทางปกครองมิให้ผิดวัตถุประสงค์และเกิดผลเสียหายต่อสาธารณะและต่อประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการต้องปรับปรุงกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทยที่ยังไม่สมบูรณ์ ไม่เหมาะสมหรือไม่มีกฎหมายที่จำเป็นต้องมี



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ตลอดช่วงอายุของสัญญาทางปกครองรัฐหรือฝ่ายปกครองในฐานะคู่สัญญาผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นจะต้องบริหารสัญญาให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด และเป็นไปตามหลักการของการจัดทำบริการสาธารณะทั้งสามประการคือ ความทันสมัย, ความเสมอภาค และความต่อเนื่อง จากการศึกษาพบว่าเครื่องมือในการบริหารสัญญาที่สำคัญประการหนึ่งคือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขที่สำคัญดังที่ได้ศึกษามาแล้วในหลายประเทศ โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบสัญญาทางปกครองแยกออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นหลักเอกสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว แต่ทั้งนี้สำหรับบางประเทศที่เป็นประเทศในกลุ่ม Common Law ที่มีได้ใช้ระบบสัญญาทางปกครองแต่การทำสัญญาของฝ่ายปกครองก็ระบุเงื่อนไขในเรื่องการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ของรัฐเอาไว้ในสัญญา รวมทั้งถ้าไม่ได้ระบุก็ถือว่าระบุเอาไว้ ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้นการทำสัญญาของฝ่ายปกครองพบว่ามีทั้งส่วนที่เป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งทั้ง 2 กรณีรัฐสามารถแก้ไขสัญญาได้โดยมีเอกสิทธิ์ทั้งสิ้น ที่ผ่านมาสัญญาทางปกครองที่รัฐจัดทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาเกี่ยวกับพัสดุหรือสัญญาสัมปทานล้วนมีกรณีการแก้ไขเกิดขึ้นมากมาย และมีปัญหาที่เกิดจากการแก้ไขหลายๆ ประเด็น ทั้งกรณีปัญหาแก้ไขโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และกรณีไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขที่ชัดเจน ดังที่ได้ทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาลักษณะต่างๆ มาแล้วในบทที่ 5 สำหรับในบทที่ 6 นี้จะเป็นการสรุปปัญหาของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทยและนำเสนอข้อเสนอแนะในประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องที่เห็นว่าน่าจะเป็นประโยชน์ต่อไปในการแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

6.1 บทสรุป

หลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปแล้ว การแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งสามารถทำได้ฝ่ายเดียวโดยจะเขียนไว้ในสัญญาทางปกครอง หรือไม่เขียนเอาไว้ก็ได้ รวมทั้งจะมีกฎหมายที่ให้อำนาจเอาไว้อย่างชัดแจ้งหรือไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ รัฐก็สามารถแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ทั้งสิ้น

การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวเป็นอำนาจตามกฎหมายมหาชน ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่จะอยู่ภายใต้นิติวิธีของกฎหมายมหาชนในเรื่องของการรักษาดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือจะแก้ไขต่อเมื่อมีความจำเป็นต้องปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับประโยชน์ของมหาชน ทั้งในด้านความเสมอภาค ความต่อเนื่อง และความทันสมัยของการ

จัดทำบริการสาธารณะ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาต้องไม่เกินขนาด และอีกหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งสัญญานั้นเป็นการเพิ่มภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องจ่ายค่าทดแทนหรือขยายเวลาในการดำเนินการให้กับเอกชนคู่สัญญาที่ต้องยอมรับ และดำเนินการแก้ไขให้เป็นไปตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง

สำหรับเรื่องค่าตอบแทนที่กำหนดไว้ตามสัญญานั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเอกสิทธิ์แก้ไขสัญญา ด้วยการลดค่าตอบแทนที่จะต้องจ่ายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามที่ตกลงกันไว้ไม่ได้

หากพิจารณาโดยเฉพาะกับประเทศที่เป็นต้นแบบของการใช้สัญญาทางปกครองคือ ฝรั่งเศส และเยอรมัน แล้วพบว่า

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีศาลปกครองในรูปของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d' Etats) ได้พัฒนาหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญาทางปกครองไว้ อาทิเช่น

“หลักดุลยภาพทางการเงิน (l' Equation Financière)” ซึ่งมีหลักการว่าการใช้อำนาจฝ่ายรัฐโดยการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้นมีขอบเขตจำกัด จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวไม่ควรทำให้ส่วนที่เกี่ยวกับการเงินเพราะจะไปกระทบดุลยภาพทางการเงิน การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวที่ขอบด้วยกฎหมาย หากก่อนนี้ใหม่ให้แก่ฝ่ายเอกชน ฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายเอกชนตามที่เกิดขึ้นจริง แต่การขาดทุนกำไร การขาดรายได้เพิ่ม ไม่ใช่ค่าเสียหายที่แท้จริงตามหลักการของ “ดุลยภาพทางการเงิน” ในสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์เรื่องขอบเขตขนาดของการแก้ไขที่ฝ่ายรัฐจะใช้เอกสิทธิ์การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวจนเกินขนาดไม่ได้ (Exédecertaines Limites) ซึ่งคำว่า “ขนาด” ตามหลักข้อนี้หมายถึง ขนาดของวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทั้งในแง่ของคุณสมบัติและปริมาณของการให้บริการสาธารณะ

สำหรับประเทศเยอรมัน เนื่องจากมีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาทางปกครองจึงปรับใช้ได้ชัดเจนตาม VwvFG มาตรา 60 สรุปได้ว่า

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า หรือในข้อสัญญาเดิมคู่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้อง ให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงนั้น หรือในกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญานั้นเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ทั้งนี้ความแตกต่างในสัญญาทางปกครองนั้น 2 ประเทศนี้ได้สรุปไว้แล้วในท้ายของบทที่ 3

สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์พบว่า การแก้ไขสัญญาทางปกครองก็ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับ 2 ประเทศข้างต้นคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะมีความ

ต้องการแก้ไขสัญญา ต้องมีการใช้เอกสิทธิ์อันได้แก่ เอกสิทธิ์ตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ, พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตริ, ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136, พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 22, พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 มาตรา 50 ซึ่งให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจเอกสิทธิ์ได้เมื่อความจำเป็นในการแก้ไขหรือเลิกสัญญา เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ เพื่อความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐ

นอกจากนั้นในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปแล้วจะมีข้อกำหนดที่ระบุเงื่อนไขการแก้ไขสัญญาที่ทำได้โดยฝ่ายเดียวของรัฐเอาไว้เสมอ โดยมักจะเป็นการนำข้อความที่เป็นเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญามาระบุเอาไว้ในสัญญาทางปกครองอีกชั้นหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นสัญญาตามระเบียบพัสดุ หรือสัญญาสัมปทาน ประเภทต่างๆ ที่สำคัญอีกส่วนหนึ่งคือ การวางหลักกฎหมายโดยศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์บางส่วนในการใช้เอกสิทธิ์ไว้ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ซึ่งได้ศึกษาไปแล้วในบทที่ 4

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่มีกฎหมายกลางหรือกฎหมายปกครองที่กำหนดอำนาจและหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาทางปกครองเอาไว้โดยเฉพาะและโดยตรงถึงเอกสิทธิ์ดังกล่าวเหมือนกับประเทศเยอรมัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถึงสัญญาทางปกครองโดยชัดเจนมีเพียงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่บัญญัติเอาไว้เพียงนิยามบางประเภทของสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองที่สำคัญที่เกิดจากการวางหลักเกณฑ์ของศาลปกครองสูงสุดที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากสัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่า “หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล” ทั้งสัญญาทางปกครองตามกฎหมายและสัญญาทางปกครองตามสภาพคือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

6.1.1 สรุปปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญา

มีประเด็นปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีข้อตกลงในสัญญาตามที่ได้มีการวิเคราะห์ในบทที่ 5 หลายประเด็น และเกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองแทบทุกประเภท โดยสามารถสรุปได้ดังนี้

สัญญาที่มีข้อตกลงเรื่องการแก้ไขสัญญานั้น ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาที่เกิดภายใต้กฎหมายหรือกฎหมายใดถือว่าการแก้ไขได้กำหนดเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์เอาไว้แล้ว ปัญหาจะอยู่ที่การปรับใช้ข้อสัญญาว่าถูกต้องตรงกับเงื่อนไขและวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือไม่ และมีความสุจริตในการแก้ไขเพียงใด นอกจากนี้สัญญาทางปกครองนั้น การกำหนดเงื่อนไขต่างๆ รวมทั้งเงื่อนไขในการแก้ไขสัญญาจะมีกฎหมายหรือกฎหมายเป็นพื้นฐานและกรอกรัดเอาไว้แล้ว ฝ่ายปกครองไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการแก้ไขได้ตามใจชอบ ดังนั้นการแก้ไขจะมีปัญหาอยู่ 2 ส่วนคือกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจและเป็นกรอบในการแก้ไขไม่ถูกต้องไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ กับอีกประการคือการปรับใช้กฎหมายไม่ถูกต้องหรือผู้มีอำนาจหรือมีหน้าที่แก้ไขทุจริตทำให้เกิดปัญหาขึ้น สำหรับปัญหาประการแรกคือเรื่องการปรับปรุงกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ไม่สมบูรณ์ถูกต้องนั้นจะพิจารณาในหัวข้อต่อไป แต่ในหัวข้อนี้จะสรุปปัญหาการปรับใช้กฎหมายไม่ถูกต้องรวมทั้งป้องกันการทุจริตของผู้มีอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขหรือการบริหารสัญญา ซึ่งจากการศึกษาเห็นว่าควรมีมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาเพื่อป้องกันปัญหา กรณีที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญา แก้ไขสัญญา หรือตีความข้อสัญญาให้เสียเปรียบเอกชนแต่ละครั้งทำให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวนมาก และมีผลกระทบต่อประชาชนทั้งทางตรงและทางอ้อมแต่เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นช่องทางหรือเปิดโอกาสให้เกิดการทุจริตแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบได้ง่าย จึงสมควรมีการปรับปรุงกระบวนการในการทำสัญญาและการบริหารสัญญา (การแก้ไขสัญญา) ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐที่จะทำกับเอกชนที่มีวงเงินตั้งแต่ 500 ล้านบาทขึ้นไป รวมทั้งให้มีการดำเนินการหาผู้รับผิดชอบทุกเรื่องทุกรายเพื่อป้องกันการทุจริตของเจ้าหน้าที่และป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ

ทั้งนี้ หากพิจารณาแยกเป็นปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญาตามกฎหมายที่สำคัญแต่ละฉบับแล้วสรุปได้ดังนี้

6.1.1.1 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ปัญหาคือ การแก้ไขสัญญาตามระเบียบพัสดุยังมีหลักเกณฑ์ที่ไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจในเรื่องความจำเป็นโดยไม่ทำให้ราชการเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ประเด็นสำคัญหรือลักษณะเนื้อหาของ การแก้ไขสัญญาตามระเบียบพัสดุ ที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญประกอบด้วย การ

เปลี่ยนแปลงเนื้อหาการจ้างอันเป็นการเปลี่ยนหรือย้ายจากขอบเขตเดิมของงานที่เป็นสาระสำคัญ การเปลี่ยนแปลงจากวัตถุประสงค์เดิมเป็นอย่างอื่นเป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามสัญญาการเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างเป็นการเลิกสัญญากับผู้รับจ้างเดิม การใช้อำนาจแก้ไขเกี่ยวกับการเงินของสัญญา การชำระเงิน การเปลี่ยนวิธีการชำระเงิน เหล่านี้เป็นสาระสำคัญทั้งสิ้นที่รัฐจะต้องสร้างหลักเกณฑ์เอกสิทธิ์เรื่อง การแก้ไขให้ชัดเจนเพื่อลดดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ รวมทั้งการขาดขั้นตอนการทำสัญญาที่ชัดเจนโปร่งใส ภายใต้อำนาจการแก้ไขของฝ่ายปกครองที่มีอยู่

นอกจากนั้น การแก้ไขสัญญาหลายกรณีเกิดปัญหาการฟ้องร้องและดำเนินคดี อาญาต่อผู้เกี่ยวข้องโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่รัฐตามมาจึงควรที่จะมีการกำหนดขั้นตอนการทำสัญญาและ แก้ไขสัญญาที่เป็นมาตรการในเชิงป้องกันและควบคุมเอาไว้เพิ่มเติมกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

6.1.1.2 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน กิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

สรุปปัญหาของพระราชบัญญัติฉบับนี้มีอยู่ 2 ประเด็นที่สำคัญคือ

ก. ไม่มีบทบัญญัติอำนาจเอกสิทธิ์ไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ทำให้ไม่มีการกล่าวถึง กรณี “มีเหตุจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ทั้งที่โครงการลงทุนหรือสัมปทานที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ฉบับนี้ เป็นบริการสาธารณะหรือโครงการขนาดใหญ่ที่มีวงเงินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ที่ควรมี บทบัญญัติอันเกี่ยวกับเหตุแห่งความจำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐแก้ไข สัญญาทางปกครอง ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ คณะกรรมการประสานงานมีอำนาจหน้าที่ติดตามกำกับดูแล รายงานต่อรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ในกรณีปกติการแก้ไขสัญญาเป็นการเจรจามากกว่าใช้อำนาจแก้ไข สัญญาฝ่ายเดียวของรัฐและไม่มีเอกสิทธิ์ในกฎหมาย ฝ่ายรัฐมีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ก็ต่อเมื่อมีเหตุจำเป็นหรือ เหตุฉุกเฉินเท่านั้น

ข. ไม่มีบทบัญญัติเรื่องขั้นตอนหรือกระบวนการแก้ไขสัญญา กำหนดเอาไว้ใน กฎหมายฉบับนี้ ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่มีกรอบและแนวทางที่ชัดเจนและถูกต้องตามกฎหมายเมื่อต้องแก้ไข สัญญา ทำให้ต้องส่งเรื่องหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาในหลายๆ กรณี ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์มีความเห็นโดย ส่วนตัวว่า สัญญาทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญมากที่สุดและเป็นประเด็นที่ก่อความ เสียหายมากที่สุดคือสัญญาสัมปทาน ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพราะมีลักษณะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะขนาดใหญ่ ใช้เงินลงทุนมาก ใช้เทคโนโลยีและการจัดการในระดับสูง การแก้ไขหากผิดพลาดโดยเฉพาะในเงื่อนไขหรือ บริบทของกฎหมายจะเกิดผลกระทบในวงกว้าง และสูญเสียมูลค่ามหาศาลทั้ง 2 ฝ่าย คือรัฐ (ผู้ดูแล ประโยชน์สาธารณะ) และเอกชนผู้ต้องเสี่ยงในการลงทุนมหาศาล ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วหลายกรณีในบท ที่ 5 ดังนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จึง

ต้องมีบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขที่ชัดเจน สำหรับกฎหมายเฉพาะหรือสัญญาทางปกครองอื่นอาจนำหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปปรับใช้ได้โดยอนุโลม และความเหมาะสมในการบริหารสัญญาประเภทนั้นๆ

กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจึงส่งผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะว่าจะเกิดการเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่ให้ประโยชน์อย่างเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายหรือไม่ เพราะผลของการแก้ไขสัญญาในบางสัญญายังไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะบกพร่องในกระบวนการแก้ไขสัญญาดังเช่นกรณีสัญญาสัมปทานด้านสื่อสารโทรคมนาคม เป็นต้น

6.1.1.3 ปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองอื่นๆ

สรุปประเด็นการแก้ไขที่เห็นว่าเป็นปัญหาคือ เรื่องอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน เพราะไม่มีกฎหมายรองรับ ดังกรณีที่สำคัญคือ

ก. ปัญหาการใช้มติคณะรัฐมนตรีกับการแก้ไขสัญญาทางปกครอง

ในสัญญาทางปกครองหลายประเภทจะมีข้อความกำหนดให้การแก้ไขสัญญาทำได้โดยมติคณะรัฐมนตรี หรือหากมติคณะรัฐมนตรีเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยมีผลกระทบกับเนื้อหาหรือข้อตกลงตามสัญญาแล้ว สัญญาจะต้องเปลี่ยนแปลงไปตามมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวข้องนั้น เช่นกรณีเงื่อนไขหรืออัตราค่าบริการสาธารณะต่างๆ ที่มีการกำหนดโดยมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งอำนาจเหล่านี้เป็นอำนาจตามสัญญา ไม่ใช่เอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมายซึ่งทำให้เกิดกรณีปัญหาว่าใช้ได้ขอบเขตเพียงใด เพราะสัญญาเป็นข้อตกลงที่มีศักดิ์เพียงกฎหมายของคู่สัญญาเท่านั้น

ข. ปัญหาสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาเรื่องการแก้ไขว่าต้องแก้ไขร่วมกันเป็นหนังสือ โดยมีการลงชื่อคู่สัญญาทุกฝ่าย

ซึ่งหากเป็นสภาวะการณ์โดยปกติทั่วไป คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องปฏิบัติตาม แต่เมื่อมีเหตุที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยึดถือข้อสัญญา โดยการใช้อำนาจเอกสิทธิ์แก้ไขเพียงฝ่ายเดียว ก็ควรเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นปัญหาของการแก้ไขสัญญาที่ควรอยู่ภายใต้หลักเอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมายเช่นเดียวกัน แม้ข้อความในสัญญาจะเขียนไว้หรือไม่เขียนไว้ก็ตาม

ค. ปัญหาเรื่องการแก้ไขวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทาน

เกิดขึ้นในกรณีของ ITV ดังที่ทำการศึกษาในบทที่ 5 นั้น แม้จะได้ข้อยุติจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยและวางหลักเกณฑ์เอาไว้ชัดเจนแล้วก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่เคยเกิดขึ้นและส่งผลกระทบอย่างมากต่อการจัดทำบริการสาธารณะถึงขนาดต้องยึดคืนกลับเป็นของรัฐในที่สุด ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้บริหารสัญญาสัมปทานจะต้องถือเป็นหลักการที่สำคัญตามกฎหมายต่อไป

และควรบัญญัติไว้เป็นกรณีของการใช้เอกสิทธิ์ในกรณีการแก้ไขวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานด้วยเช่นกัน

ง. ปัญหาอำนาจศาลในการสั่งแก้ไขสัญญาทางปกครอง

ปัญหานี้ศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้แล้วตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) โดยยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องร้องต่อศาลเพื่อขอแก้ไขสัญญา แต่ในกรณีฝ่ายเอกชนร้องขอให้ศาลสั่งแก้ไขสัญญาจะทำได้เมื่อสัญญาระบุให้ทำได้เท่านั้น และอีกกรณีหนึ่งที่ทำได้ก็คือร้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนการแก้ไขสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประเด็นที่เป็นปัญหาคือการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจเป็นฐานและเป็นกรอบอย่างชัดเจนว่าแค่ไหน เพียงใด เพื่อให้ศาลสามารถเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจเอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการเพิกถอนการแก้ไขสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ศาลจะก้าวล่วงไปสั่งให้ฝ่ายบริหารแก้ไขสัญญาแต่ถ้าการแก้ไขสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลสั่งเพิกถอนได้

อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของนักกฎหมายปกครองเยอรมันเห็นว่าอำนาจศาลในการแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่ศาลมีและสามารถกระทำได้

6.1.2 สรุปปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว

ปัญหาเรื่องการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของประเทศไทยขณะนี้สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายกลางหรือกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองยังไม่มีบทบัญญัติโดยตรงเกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งรวมทั้งเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวมีเพียงระบุเอาไว้ในสัญญาทางปกครองดังที่สรุปไว้แล้วในข้อ 6.1.1 ดังนั้นเมื่อมีการใช้เอกสิทธิ์อาจจะขัดกับกฎหมายอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองลงไปก็ได้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องต่อศาล โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อยังไม่มีบทบัญญัติโดยตรงเกี่ยวกับเอกสิทธิ์การแก้ไขสัญญาในสัญญาทางปกครองรวมทั้งเอกสิทธิ์อื่น ย่อมทำให้เกิดปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจฝ่ายรัฐขอบเขตแห่งเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ ความรับผิดชอบของฝ่ายรัฐอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์

หรือกล่าวในแง่ของการควบคุมฝ่ายปกครอง การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวที่จะดำเนินการแก้ไขสัญญาทางปกครองรวมทั้งอำนาจเอกสิทธิ์ก็จะมีกรอบในเรื่องการใช้อำนาจ ดังนั้นการใช้อำนาจเอกสิทธิ์สมควรที่จะทำให้ปรากฏไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐอันเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายรัฐใช้อำนาจแอบแฝงหรืออำนาจบาตรใหญ่แก้ไขโดยใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือบิดผันการใช้อำนาจ และถือเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ

ฝ่ายรัฐด้วยนั่นเอง การมีบทบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์ย่อมจะขัดความไม่สอดคล้องของกฎหมายหรือการขัดแย้งของกฎหมายในแต่ละฉบับลงได้ โดยยึดถือตามกฎหมายแม่บทเป็นหลัก เมื่อฝ่ายรัฐได้ใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองซึ่งรวมถึงเรื่องการแก้ไขสัญญาย่อมเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายตามที่มีบทบัญญัติไว้แล้วนั่นเอง

สำหรับกรณีอำนาจเอกสิทธิ์เรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายรัฐใช้อำนาจโดยอำเภอใจ หรือปิดกั้นการใช้อำนาจในแต่ละเรื่องที่เป็นหน้าที่เฉพาะของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งซึ่งการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะแต่ละเรื่องอาจมีมาตรฐานที่ไม่เท่าเทียมกัน และอาจก่อให้เกิดกรณีตีความและปรับใช้ที่ผิดวัตถุประสงค์ได้ หรือนำไปสู่การทุจริตและประพฤติมิชอบได้เช่นกัน ทั้งนี้ปัญหาเอกสิทธิ์ที่สำคัญคือ

1. บทนิยามเรื่องเอกสิทธิ์ที่ขาดหายไปจากกฎหมายวิธีสบัญญัติ คือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้ไม่สอดคล้องกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครอง ครั้งที่ 6/2544 ที่อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองว่า “ฯลฯ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ฯลฯ”

การบัญญัติเรื่องเอกสิทธิ์ไว้ในกฎหมายตามที่เสนอจะทำให้รัฐมีฐานอำนาจเอกสิทธิ์ตามกฎหมายโดยทันที เมื่อมีนิติสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และใช้อำนาจได้ตลอดอายุของสัญญาจนกว่าจะสิ้นสุดหรือยกเลิก ซึ่งจะช่วยปิดช่องว่างที่ทำให้เกิดปัญหาเมื่อต้องใช้อำนาจและในสัญญาไม่ได้ระบุไว้ หรือระบุไว้ไม่ครอบคลุมหรือมีความแตกต่างกันไปจนมีปัญหาในทางปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน แต่การบัญญัติไว้เพียงแค่นี้จะไม่เพียงพอในการแก้ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นได้ครบทุกลักษณะ และไม่มีการมอบอำนาจการใช้เอกสิทธิ์

2. ขอบเขตของการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในเรื่องอื่น ๆ ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ที่ขาดหายไปจากกฎหมายสารบัญญัติต่างๆ โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือกฎหมายเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครองตามความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้น ๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นกรอบการใช้อำนาจที่ชัดเจนเพิ่มจากฐานอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ตามข้อ 1 ที่สำคัญประกอบด้วย

2.1 กรณีการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาเกินความจำเป็นหรือเกินขนาด

กรอบการใช้เอกสิทธิ์ข้อนี้จะช่วยยุติหรือลดปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครอง เช่นในกรณีสัญญาพัสดุได้ในหลายๆ เรื่อง เพราะจะเป็นกรอบการใช้ดุลพินิจในอีกทางหนึ่ง นอกเหนือจากคำว่าจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของรัฐเพียงกรอบเดียว นอกจากนั้นการแก้ไขสัญญาเดิมที่มากเกินไปเกินขนาด

หรือเกินความจำเป็นหรือกระทบต่อสาระสำคัญของสัญญาเดิม เท่ากับเป็นการทำสัญญาใหม่ซึ่งหมายความว่ากระทบสิทธิของบุคคลที่สามที่เคยมีความประสงค์จะทำสัญญากับรัฐในเงื่อนไขหรือสาระของสัญญาเดิม แต่ไม่ได้รับการคัดเลือก

2.2 กรณีการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาเพื่อเพิ่มสิทธิพิเศษให้กับรัฐ

ในกฎหมายเฉพาะหลายประเภทไม่ว่าจะเป็นด้านการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ หรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้นๆ อยู่แล้ว เงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ข้อนี้จะเป็นกรอบมิให้รัฐใช้อำนาจจนกระทบสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากเกินไป ตามหลักดุลยภาพของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์เอกชน โดยเนื้อหาจะเป็นหลักประกันพื้นฐานที่เอกชนจะกล้าลงทุนเข้ามาทำสัญญากับรัฐ โดยไม่ต้องเกรงว่าภายหลังรัฐจะมีสิทธิพิเศษอะไรเพิ่มมากขึ้นกว่าตบตบกลงทำสัญญา เงื่อนไขหรือกรอบของเอกสิทธิ์ ประเด็นนี้จะสำคัญกับสัญญาสัมปทานหลายๆ ประเภทที่รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องอาศัยภาคเอกชนเข้ามาช่วยจัดทำบริการสาธารณะแทน

2.3 กรณีการใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาเพื่อปรับลดค่าบริการสาธารณะ

เอกสิทธิ์ข้อนี้เป็นไปตามหลักดุลยภาพทางการเงินที่ไม่ควรแก้ไขสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการเงิน เพราะจะทำให้กระทบต่อความสามารถในการดำเนินงานเพื่อจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนคู่สัญญา และจะเป็นประโยชน์ในการนำไปปรับใช้กรณีที่เคยเป็นปัญหาของการแก้ไขสัญญา ประเภทที่เข้มติดคณะรัฐมนตรีเป็นกลไกในการกำหนดค่าใช้บริการสาธารณะที่จะให้หลักประกันกับภาคเอกชนผู้ลงทุน เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีจะขัดกับกฎหมายไม่ได้

2.4 กรณีการใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาต้องทำร่วมกันเป็นหนังสือ

กรอบการใช้เอกสิทธิ์ข้อนี้ กำหนดภายใต้หลักกฎหมายเอกชนในสัดส่วนที่สูงมาก คือสัญญาต้องเป็นสัญญา เมื่อตกลงกันแล้วสัญญาก็คือกฎหมายที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม แต่เมื่อรัฐคือผู้ดูแลประโยชน์สาธารณะดังนั้นหากเกิดเหตุจำเป็นร้ายแรง รัฐจะต้องมีเอกสิทธิ์ที่จะใช้เพื่อแก้ไขปัญหา อย่างไรก็ตามหากเป็นภาวะการณ์ปกติ รัฐจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาต่อสัญญาประเภทนี้ไม่ได้ กรณีจะเป็นประโยชน์กับการบริหารสัญญาต่างๆ ไปที่ไม่ต้องการเอกสิทธิ์มากนัก ยกเว้นเหตุพิเศษจริงๆ

2.5 กรณีการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทาน

กรอบการใช้เอกสิทธิ์ข้อนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขปัญหากรณีมีการแก้ไขวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่สำคัญ เช่นกรณีของสัมปทาน ITV ที่มีการแก้ไขจนกระทบหรือเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสถานีโทรทัศน์ระบบ UHF ของรัฐ ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในบทที่ 5 ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักพื้นฐานของเอกสิทธิ์ที่ให้กับฝ่ายรัฐในการทำสัญญาทางปกครอง

เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุวัตถุประสงค์นั่นเอง นอกจากนี้ยังช่วยให้การแก้ไขมีขอบเขตว่า หากวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ ควรยกเลิกหรือยุติสัญญาเดิม และจัดทำสัญญาฉบับใหม่ที่สนองตอบต่อวัตถุประสงค์ การแก้ไขสัญญาเดิมจะไม่เกิดประโยชน์และขัดต่อกฎหมาย แม้กระทำโดยฝ่ายรัฐก็ตาม ทำให้เป็นหลักประกันของฝ่ายเอกชน แต่หากเป็นการตกลงร่วมกันของทั้ง 2 ฝ่ายแก้ไขวัตถุประสงค์ก็ทำไม่ได้เช่นกัน เพราะเข้าข่ายการใช้อำนาจโดยบิดผันของฝ่ายรัฐ ซึ่งหากฝ่ายเอกชนรู้เห็น หรือทราบที่อยู่แล้วก็ไม่ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด

6.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะจะนำเสนอในขอบเขตของบทสรุปของปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยแยกเป็น 2 ประเด็นคือ

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญา

ควรเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเรื่องสัญญาทางปกครองให้กับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และกำหนดขั้นตอนการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นมาตรการของฝ่ายปกครอง ดังนี้

1. สัญญาต้องทำตามแบบที่ระเบียบกำหนด หรือต้องทำตามร่างที่สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาแล้ว หรือต้องทำตามแบบที่เคยผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้วและต้องเปิดเผยข้อมูลที่ต้องเปิดเผยให้สำนักงานอัยการสูงสุดได้รับทราบ เพราะจะทำให้รักษาผลประโยชน์ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ได้อย่างสมบูรณ์และถูกต้อง

2. การแก้ไขสัญญา ต้องส่งร่างสัญญาที่จะแก้ไขให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา และต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาที่ต้องเปิดเผยให้สำนักงานอัยการสูงสุดได้รับทราบด้วย

การแก้ไขสัญญาโดยไม่ส่งร่างให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาที่ต้องเปิดเผยให้สำนักงานอัยการสูงสุดได้รับทราบ ทำให้การแก้ไขสัญญานั้นมีผลให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐเสียเปรียบหรือเสียหาย ต้องดำเนินการสอบสวนหาผู้รับผิดชอบ วินัย ทางแพ่ง หรือทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องทุกเรื่องทุกรายตั้งแต่รัฐมนตรี หัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บริหารสูงสุดของรัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ลงมาจนถึงเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามลำดับ

3. เพื่อให้สัญญาที่ก่อให้เกิดความโปร่งใสเป็นที่ยอมรับของสังคม และป้องกันการทุจริตแสวงหาประโยชน์ของเจ้าหน้าที่รัฐ ให้ดำเนินการดังนี้

- (1) การประชุมเกี่ยวกับการยกร่างสัญญา การแก้ไขสัญญาต้องบันทึกภาพและเสียงการประชุมทุกขั้นตอนและทุกครั้ง ห้ามมิให้มีการติดต่อภาพและเสียงการประชุมอย่างเด็ดขาด เพื่อให้สามารถตรวจสอบกับรายงานการประชุมได้ตลอดเวลา

- (2) ให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเปิดเผยสัญญาและเอกสารท้ายสัญญาทั้งหมดทาง Internet และทางสื่อมวลชนก่อนที่จะส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความมั่นคงของชาติ
- (3) เมื่อลงนามในสัญญาแล้วให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเปิดเผยสัญญาทั้งหมดทาง Internet และทางสื่อมวลชน เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความมั่นคงของชาติ
- (4) การแก้ไขสัญญาให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการปฏิบัติตาม (2) และ (3)

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองในประเด็นการแก้ไขสัญญา

เห็นควรมีการปรับปรุงกฎเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องใน 2 ประเด็นที่สำคัญคือ

6.2.2.1 เพิ่มบทบัญญัติเรื่องการใช้ออกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางปกครอง (การแก้ไข, การยกเลิก และการกำกับดูแลการปฏิบัติ)* ดังต่อไปนี้

ก. บทนิยามของคำว่าออกสิทธิ์ โดยเพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“ออกสิทธิ์ หมายความว่ารวมถึง อำนาจพิเศษที่รัฐมีอยู่เหนือสัญญาทางปกครอง เพื่อใช้บริหารจัดการให้การจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ เช่นอำนาจในการแก้ไขสัญญา เลิกสัญญา หรือ ควบคุมกำกับดูแลให้ปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายเดียว การสละอำนาจออกสิทธิ์เช่นว่านี้รัฐจะกระทำมิได้”

ข. ขอบเขตของการใช้ออกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง โดยเพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังต่อไปนี้

ข.1 “การใช้ออกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมาย โดยใช้วิธีแก้ไขสัญญาทางปกครองที่กระทบกับข้อสัญญาเดิมมากเกินความจำเป็นหรือเกินขนาดของสัญญาเดิม หรือกระทบต่อสาระสำคัญของสัญญาเดิม ฝ่ายรัฐย่อมไม่มีอำนาจกระทำได้”

* มานิตย์ วงศ์เสรี, ให้ความเห็นในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2554 ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ว่าอำนาจออกสิทธิ์เป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐ ดังนั้นการจำกัดอำนาจออกสิทธิ์จึงถือได้ว่าเป็นการขัดหลักการของอำนาจนี้และจะเหมาะสมหรือไม่ เพราะเมื่อมีความจำเป็นรัฐควรใช้ได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด อย่างไรก็ตาม เมื่อกำหนดขอบเขตเอาไว้แล้ว ศาลจะต้องเข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดเมื่อเกิดกรณีปัญหาว่าชอบหรือไม่เช่นเดียวกับการใช้อำนาจอื่นของรัฐในทางปกครอง

ข.2 “การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมาย โดยวิธีการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีผลให้รัฐหรือหน่วยงานฝ่ายรัฐได้รับสิทธิพิเศษเพิ่มขึ้นจากสัญญาเดิม ฝ่ายรัฐย่อมไม่มีอำนาจกระทำได้”

ข.3 “การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมายในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีผลกระทบเป็นการปรับลดค่าบริการสาธารณะตามสัญญาเดิม ฝ่ายรัฐย่อมไม่มีอำนาจกระทำได้”

ข.4 “การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมายในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่สัญญามีข้อตกลงเกี่ยวกับการแก้ไขต้องทำร่วมกันเป็นหนังสือ ฝ่ายรัฐย่อมไม่มีอำนาจกระทำได้ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเกิดขึ้นที่เป็นเหตุร้ายแรงและฉุกเฉินที่ฝ่ายรัฐต้องใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาเพื่อให้เหตุการณ์ร้ายแรงนี้บรรเทาลง”

ข.5 “การใช้เอกสิทธิ์ของรัฐตามกฎหมาย โดยวิธีแก้ไขสัญญาทางปกครองที่มีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างมีนัยสำคัญ หรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายรัฐย่อมไม่มีอำนาจกระทำได้”

6.2.2.2 เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการและขั้นตอนในการแก้ไขสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังต่อไปนี้

ก. หลักการของการแก้ไขสัญญา

มาตรา สัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการที่กำหนดไว้ในหมวดนี้

ข. การแก้ไขเรื่องที่เป็นสาระสำคัญหรือมีเหตุจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีใช้เรื่องสาระสำคัญ ควรมีหลักเกณฑ์และกระบวนการต่างกัน

มาตรา เมื่อเกิดกรณีสมควรแก้ไขสัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผลและความจำเป็นในการแก้ไขสัญญาที่ลงนามไปแล้ว เนื้อหาที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข ประโยชน์ที่จะได้รับ และร่างสัญญาที่จะแก้ไขต่อคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา

กรณีคณะกรรมการประสานงานมีมติเห็นว่าไม่เป็นการแก้ไขสาระสำคัญของสัญญา ไม่กระทบต่อภารกิจของรัฐ และไม่ทำให้ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐเสียหาย ให้คณะกรรมการประสานงานแจ้งหน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการต่อไป และรายงานต่อกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบด้วย

กรณีคณะกรรมการประสานงานมีมติเห็นว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตั้งคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาตามมาตรา ต่อไป

ค. องค์ประกอบของคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิจารณาแก้ไขสัญญา

มาตรา คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการ ผู้บริหาร หรือพนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงบประมาณ และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา จำนวนไม่เกินสองคน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการรวมกันแล้วไม่เกินเก้าคน

ให้นำมาตรา มาบังคับการประชุมของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง

ง. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญา

มาตรา ให้คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาตามมาตรา มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณารายงานการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอต่อคณะกรรมการประสานงาน ตามมาตรา.... รวมทั้งมีอำนาจให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำและ/หรือชี้แจงข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควรก่อนให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญา

(2) เสนอความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(3) เจรจาต่อรองในเรื่องเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาโดยพิจารณาถึงหลักเอกลสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขสัญญาทางปกครองประกอบด้วย

(4) พิจารณาดำเนินการเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาตามที่เห็นสมควร

จ. การพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญา กรณีเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอ

มาตรา คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาจะต้องพิจารณาการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอตามมาตรา ให้แล้วเสร็จภายใน วัน นับแต่วันที่ได้รับตั้งนี้ หากมีเหตุผลและความจำเป็นสามารถขยายเวลาได้อีก....วัน

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญามีมติเห็นชอบกับการแก้ไขสัญญาให้นำมาตรา มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาไม่มีมติไม่เห็นชอบกับการแก้ไขสัญญา ให้แจ้งความเห็นให้หน่วยงานเจ้าของโครงการทราบ หากหน่วยงานเจ้าของโครงการไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณา ให้เสนอความเห็นหรือคำชี้แจงเพิ่มเติมพร้อมทั้งแนบความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาต่อกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาตัดสิน

จ. ระยะเวลาการดำเนินงานของคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญา

มาตรา เมื่อได้มีการลงนามสัญญาที่แก้ไขแล้วให้การดำรงตำแหน่งและการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขสัญญาตามมาตรา สิ้นสุดลง



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

คมทวน วิศาลทานนท์. สิทธิและเสรีภาพของเอกชนในการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546

จุลสิงห์ วสันตสิงห์ และ นารี ตันตเสถียร . เอกสารประกอบการบรรยายวิชาสัญญาของรัฐ (Government

Contracts) : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 17 มิถุนายน 2552 (อัดสำเนา)

ชวลิต เศวตสุต. สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษาเปรียบเทียบ

สหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย . วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต,
คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547

ดาวพฤษ (นามแฝง). คำมั่นสัญญา (ตอน 8 ลักษณะของสัญญา). บทบัณฑิตย 38 . (2524) : 3

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ . พิมพ์ครั้งที่ 3.กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธีในกฎหมายมหาชน .กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538

บุปผา อัครพิมาน . รวมบทความทางวิชาการเล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ. เอกสาร

ประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและ
พัสดุ จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง ระหว่างวันที่ 16-18 กรกฎาคม พ.ศ. 2547 : 9-15 (อัด
สำเนา)

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526

พนม เอี่ยมประยูร. ผลของสัญญาทางปกครอง รวบรวมความที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545

มนตรี ชนกนำชัย. มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540

มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546

รศ.ดร.โกคิน พลกุลและ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายแพ่งเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 12 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543

เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง .พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และผลกระทบต่อการลงทุนของเอกชน ในโครงการขนาดใหญ่. จัดโดย สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด : กรุงเทพฯ, วันที่ 16 มิถุนายน 2552 (อัดสำเนา)

อภิชาติ แจ่มยุบล. เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550

อุกฤษ มงคลนาวิน. คำอธิบายกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543

M.Philippe Turguet de Beauregard. การบรรยายพิเศษโดยที่ปรึกษาสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส. สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง. จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการ่วมกับ สถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำประเทศไทย, 9 ธันวาคม 2541, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ภาษาต่างประเทศ

Turpin, C. Government Contract. Middlesex : Penguin Book, 1972

http://profs.lp.findlaw.com/govt/govt_6.html. Visited 3 June 2002.

AUBY, J.M. Droit de la fonction publique. Précis Dalloz, 1990

Cibinic, J. Jr., C. Nash, C.R Jr. Formation of Government Contract 3rd ed. United States of America : The George Washington University, 1998

Cibinic J, Nash, C.R , Nagle, J.F. Administration of Government Contracts . Washington DC : George Washington University, National Law Center, 2006

RICHER, L. Droit des contrats administratifs. L.G.D.J., 1999 2^o Edition

Office of Government Commerce. New Model Terms and Conditions of Contract: I General Goods and Services (Non-IT) , II IT Contracts., 2005 Available from : http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new_content/decisionmap/tcintro.html [31 March 2005].

The ABA Section of Public Contract Law. Government Contract Law: The Deskbook for Procurement Professionals/Based on the Contract Attorney's Course of the Judge Advocate General's School.

Mark, E.T. Hydroelectric Power, in Energy Law and Transactions. Vol. 2, Chapter 53. ed. David J. Muchow and William A. Mogel United States of America : Matthew Bender & Company, Inc, 2000

U.S. Army 2nd ed. (United States of America: ABA Publishing, 1999)

Keyes, N.W. Government Contract 3rd ed. (United States of America: West Group, 2000)



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ก. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า กรณีค่าจ้าง ทางด่วน

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ได้ทำสัญญากับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2538 จ้างเหมาออกแบบก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นเงิน 25,192,950,000 บาท (ค่าคงที่) สัญญาผ่านการตรวจร่างจากสำนักงานอัยการสูงสุด ต่อมาได้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าคงที่ที่เพิ่มขึ้น สรุปข้อเท็จจริงได้ดังนี้

ข้อเท็จจริง

(1) กทพ. ได้แต่งตั้ง “วิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ.” เป็นตัวแทนของ กทพ. ในการตรวจสอบและออกหนังสือรับรองการแล้วเสร็จของงาน และรับรองการปรับราคาคงที่และปรับวันกำหนดแล้วเสร็จของงาน

(2) ตามสัญญากำหนดให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ดำเนินการก่อสร้างงานทั้งหมดให้แล้วเสร็จใน 42 เดือน

(3) ตามสัญญากำหนดให้ กทพ. มีหน้าที่ประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางสำหรับก่อสร้างทางด่วนฯ หาก กทพ. ไม่สามารถดำเนินการได้ทันภายในกำหนดเวลาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ถือว่าเป็น “ความเสี่ยงภัยพิเศษ” ตามข้อ 1.7.14 ของภาคผนวก 1 แนบท้ายสัญญา นอกจากนี้ กทพ. จะต้องดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบโดย “วิศวกรที่ปรึกษา” ภายใน 28 วันนับแต่วันที่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ยื่นแบบดังกล่าวแก่ กทพ.

(4) ตามสัญญาข้อ 1.9.2 ของผนวก 1 ได้กำหนดให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ได้หากเกิดเหตุการณ์ใดๆ ตามที่ระบุไว้ ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาหรือระยะเวลาแล้วเสร็จ โดยได้รับความเห็นชอบจากวิศวกรที่ปรึกษา

หากมีเหตุการณ์ใดๆ ตามที่ระบุไว้ในสัญญาอันจะทำให้การทำงานต้องล่าช้าออกไปหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้เดิมโดยมิได้เป็นความผิดของผู้รับจ้างแล้ว ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ กทพ. หรือรัฐจะเป็นผู้รับภาระนั่นเองโดยการขยายเวลาก่อสร้างคือปรับวันกำหนดแล้วเสร็จ และชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นโดยปรับราคาคงที่ให้ โดยให้วิศวกรที่ปรึกษาทำหน้าที่เป็นคนกลางพิจารณาและกำหนดปรับวันแล้วเสร็จและราคาคงที่ให้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะเนื่องมาจาก กทพ. หรือนอกเหนืออำนาจของ กทพ. หรือจากเหตุสุดวิสัย

สัญญาข้อ 1.7.14 “กทพ. จะอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางของทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 34 (บางนา-ตราด) สำหรับก่อสร้างตามแบบรายละเอียด ที่จะจัดทำในภายหลัง

ทั้งสองกรณีข้างต้น กทพ. จะใช้ความพยายามอย่างที่สุด เพื่อจะช่วยเหลือผู้รับจ้างให้ได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าว กทพ. จะให้การสนับสนุนช่วยเหลือผู้รับจ้างในการเช่าหรือซื้อที่ดินนอกบริเวณในเขตทางสำหรับงานชั่วคราวด้วยค่าใช้จ่ายของผู้รับจ้าง

หากจำเป็นต้องมีการเวนคืนที่ดินเพิ่มซึ่งอยู่นอกบริเวณสิทธิในเขตทางของกรมทางหลวงสำหรับงานถาวร กทพ. จะดำเนินมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการเวนคืนดังกล่าว

การที่ไม่สามารถได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางของกรมทางหลวง ฯลฯ ได้ทันกำหนดเวลาและก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญเสียแก่ผู้รับจ้างถือว่าเป็นความเสี่ยงภัยพิเศษ”

สำหรับเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาคงที่และ/หรือระยะเวลาแล้วเสร็จกำหนดไว้ในสัญญาข้อ 1.9.2 (ก) “ตราบดที่สัญญายังไม่สิ้นสุดลง วันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ที่จะมีการปรับปรุงได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากวิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ. และตามวิธีการในข้อ (ข) ข้างล่าง (แต่ไม่กระทบถึงสิทธิหรือทางแก้ไขอื่นของผู้รับจ้างในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์นั้นๆ) ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ใดๆ ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาและ/หรือระยะเวลาแล้วเสร็จดังต่อไปนี้

- (i) คำสั่งเปลี่ยนแปลงงานที่ออกโดย กทพ.
- (ii) การระงับชั่วคราวหรือการเลื่อนงานทั้งหมดหรือบางส่วน ยกเว้นกรณีที่การระงับหรือการเลื่อนงานนั้นเกิดจากการผิดสัญญาในส่วนของผู้รับจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือพฤติกรรมที่ กทพ. ไม่ต้องรับผิดชอบ
- (iii) เหตุสุดวิสัยซึ่งกระทบกระเทือนการดำเนินงานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเวลาและ/หรือค่าใช้จ่ายอย่างร้ายแรงหรือในสาระสำคัญ
- (iv) ความเสี่ยงภัยพิเศษตามข้อ 1.7.19
- (v) เหตุการณ์อื่นใด ซึ่งเป็นผลให้มีการปรับปรุงเวลา และ/หรือราคาตามข้อกำหนดของสัญญา”

(5) วันที่ 8 พฤศจิกายน 2538 หลังจากที กทพ. ได้ทำสัญญาฉบับกิจการร่วมค้า ปีปีซีดี แล้ว กทพ. ได้ทำข้อตกลงกับกรมทางหลวงเจ้าของพื้นที่ ข้อ 1.10 กำหนดว่า “กทพ. จะต้องส่งแบบก่อสร้างให้กรมทางหลวงเห็นชอบตามลำดับตั้งแต่แบบเบื้องต้นจนถึงแบบสุดท้ายเพื่อใช้ในการก่อสร้างเป็นตอนๆ และกรมทางหลวงจะส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้เป็นตอนๆ ภายหลังจากที่กรมทางหลวงได้เห็นชอบและอนุมัติแล้ว”

(6) กทพ. ไม่สามารถดำเนินการจัดให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางเพื่อให้ผู้เสนอข้อพิพาทเข้าดำเนินการได้ตามหน้าที่ของ กทพ. ที่กำหนดไว้ในสัญญา และ กทพ. ไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบก่อสร้างได้ภายในกำหนดระยะเวลาตามสัญญา จนเป็นเหตุให้กิจการร่วมค้า ปีปีซีดี ร้องขอให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปอีก 11 เดือน

(7) ก่อนเสนอคณะรัฐมนตรี พิจารณาอนุมัติให้ขยายวันกำหนดแล้วเสร็จตามสัญญาออกไปอีก 11 เดือน กทพ. และกิจการร่วมค้า ปีปีซีดี ได้มีการเจรจาและตกลงกันว่า กทพ. จะขยายกำหนดเวลาแล้วเสร็จให้ 11 เดือน โดยกิจการร่วมค้า ปีปีซีดี จะไม่ปรับค่าคงที่

(8) วันที่ 18 มิถุนายน 2541 ได้มีการทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 1) ข้อ 2 ความว่า “ให้ขยายกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของงานก่อสร้างแต่ละส่วนย่อยสำหรับทั้งโครงการออกไป 11 (สิบเอ็ด) เดือน” และ ข้อ 4 ความว่า “ข้อความใดในสัญญาเดิมที่มีได้แก้ไขเพิ่มเติมและระบุไว้ในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ให้มีผลบังคับและผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมทุกประการ”

(9) วันที่ 2, 15 และ 22 กรกฎาคม 2542 กิจการร่วมค้า ปีปีซีดี ได้มีหนังสือแจ้งวิศวกรที่ปรึกษาว่า ความว่า การที่ กทพ. ส่งมอบสิทธิในเขตทางล่าช้า รวมทั้งการไม่สามารถจัดให้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองพื้นที่ว่างเปล่าของสถานที่ก่อสร้างในเวลาต่อมา และเหตุการณ์ที่ กทพ. ไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบได้ทันภายในกำหนดเวลาในสัญญา และผู้อนุมัติแบบได้มีคำสั่งให้แก้ไขแบบเป็นจำนวนมากได้ส่งผลกระทบต่อปฏิบัติงานของกิจการร่วมค้า ปีปีซีดี ทำให้ราคาคงที่ตามสัญญาเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งเมื่อวิศวกรที่ปรึกษา ตรวจสอบแล้วเห็นว่าราคาคงที่ที่ต้องปรับเพิ่มขึ้นอย่างน้อย 6,039,893,254 บาท จึงได้แจ้งให้ กทพ. และกิจการร่วมค้า ปีปีซีดี ทราบตามเงื่อนไขผนวก 1 ข้อ 1.9.2(ข) (II) (ขข) 2

(10) กิจการร่วมค้า ปีปีซีดี เสนอข้อพิพาทเรื่องค่าคงที่ที่เพิ่มขึ้นให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา และคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ กทพ. ชำระเงินค่าคงที่ที่เพิ่มขึ้นให้แก่กิจการร่วมค้า ปีปีซีดี เป็นเงินจำนวน 6,039,893,254 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันผิดนัดไปจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ

(11) ศาลแพ่ง พิพากษาให้ กทพ. ชำระเงินค่าคงที่ที่เพิ่มขึ้นให้แก่กิจการร่วมค้า ปีปีซีดี เป็นเงิน 6,200 ล้านบาทเศษ

ซึ่งต่อมาได้มีการนำเรื่องขึ้นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ซึ่งศาลฎีกา ได้มีคำพิพากษาที่ 7277/2549 เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2549 สรุปได้ว่า ผู้คัดค้าน (ซึ่งหมายถึงการทางพิเศษแห่งประเทศไทย - กทพ.) เป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายมหาชนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนกับผู้ร้องทั้งสาม ผู้คัดค้าน (ซึ่งหมายถึง กิจการร่วมค้า บีบีซีดี) ทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นองค์กรณีบุคคลข้อ 17 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 บัญญัติให้ถือว่าราชการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้กระทำการในนามผู้คัดค้านในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกและเป็นผู้กระทำการแทนผู้คัดค้านตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การใช้อำนาจของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งกระทำการในนามผู้คัดค้านจะผูกพันผู้คัดค้านต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ นอกจากจะต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งกำหนดไว้เป็นไปตามระเบียบวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบและข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว การใช้อำนาจของผู้คัดค้านจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการบิดผันอำนาจทางหนึ่งทางใดอีกด้วย

ผู้คัดค้านได้โต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยว่า นิติกรรมหรือสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนหากมีการทำขึ้นเพราะกลฉ้อฉลก็เป็นเพียงโมฆะ เมื่อไม่มีการบอกกล่าว ก็ไม่ทำให้สัญญาจ้างดังกล่าวตกเป็นโมฆะนั้นไม่ชอบ โดยผู้คัดค้านอ้างทำนองเดียวกันกับที่ได้ยกข้อต่อสู้ไว้แล้วว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน มีการทุจริตและประพฤติมิชอบ เอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ มีเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ร้อง โดยเฉพาะ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการของผู้คัดค้านในขณะนั้นและเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างดังกล่าวในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบหลายประการ ทั้ง ศ. และเจ้าหน้าที่อื่นและเจ้าหน้าที่รัฐหน่วยอื่นๆ รับประโยชน์จากผู้ร้อง สัญญาจ้างดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ เป็นการกล่าวอ้างว่า การใช้อำนาจของ ศ. และเจ้าหน้าที่รัฐคนอื่นดังกล่าวกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ซึ่งเป็นกฎหมายฝ่ายมหาชนเป็นการโต้แย้งว่า คำพิพากษาศาลชั้นต้นในส่วนนี้ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งผู้คัดค้านย่อมอุทธรณ์ได้ตาม พ.ร.บ. อนุญาตไต่ตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45(2) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างเดียวกับ พ.ร.บ. อนุญาตไต่ตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 26(2) ศ. ช่วยเหลือผู้ร้องโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องจัดให้จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และขณะเดียวกันการที่ผู้ร้องเพิ่มทุนและ

จัดสรรหุ้นของบริษัท ท. ให้แก่ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นที่มีสิทธิซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการะคุณก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนถือได้ว่าผู้ร้องได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน โดยเชื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง กรณีต้องถือว่า ในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้อง ผู้ร้องใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้นหากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนชอบที่ศาลชั้นต้นจะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตาม พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 44 ดังนั้นคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ข้อที่ว่า ศ. ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย เจ้าหน้าที่อื่นของผู้คัดค้านและเจ้าหน้าที่รัฐหน่วยอื่นๆ รับประโยชน์จากผู้ร้องทั้งสาม หากมีอยู่จริงดังคำคัดค้าน การใช้อำนาจตามกฎหมายของ ศ. ในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ในนามผู้คัดค้านย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้อำนาจของ ศ. และเจ้าหน้าที่รัฐคนอื่นมิใช่เป็นเรื่องภายในของผู้คัดค้านดังที่ผู้ร้องทั้งสามแก้อุทธรณ์ ถือว่าการอุทธรณ์โดยอ้างข้อเท็จจริงดังกล่าวของผู้คัดค้านเป็นการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยว่า นิติกรรมหรือสัญญาหากมีการทำขึ้นเพราะกลฉ้อฉลหากมีอยู่จริงก็ไม่ทำให้สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เป็นโมฆะนั้น ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 290 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งผู้คัดค้านยอมอุทธรณ์ได้ตาม พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45(2) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างเดียวกับ พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 26(2)

การที่ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในขณะเกิดเหตุปิดบังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้าง ในการประชุมคณะกรรมการ กทพ. และลงนามในขณะที่ยังไม่มีการว่าจ้างวิศวกรที่ปรึกษาเพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินการโครงการกับผู้คัดค้าน เพื่อมิให้ผู้คัดค้านต้องเสียประโยชน์ ทำให้เกิดปัญหาหลายอย่างตามมา นอกจากนั้น การลงนามของ ศ. ยังมีลักษณะเร่งรีบโดยลงนามก่อนวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเพียง 4 วัน จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า การกระทำของ ศ. เพื่อให้มีการลงนามในสัญญาดังกล่าวให้จงได้ นับเป็นการผิดปกติวิสัยของ

เจ้าหน้าที่รัฐที่จะต้องรักษาสถิติประเทศไทยประกอบด้วยข้อที่ ศ. ได้รับประโยชน์จากการซื้อหุ้นของของบริษัทผู้ร้องที่ 2 และของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ผู้ร้องที่ 2 เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่แล้ว มีเหตุผลให้เชื่อได้ว่า ศ. ต้องการจะช่วยเหลือผู้ร้องทั้งสามโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องทั้งสามจัดให้ จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การที่ผู้ร้องที่ 2 เพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้ซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการคุณ รวมทั้งการจัดสรรหุ้นของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ให้ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่น มีสิทธิซื้อก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ก็ถือได้ว่าผู้ร้องทั้งสามได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้ ศ. และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้องทั้งสามนั่นเอง กรณีจึงต้องถือว่าการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทั้งสาม ผู้ร้องทั้งสามใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องทั้งสามตามสัญญาซึ่งเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้น หากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ชอบที่ศาลชั้นต้นจะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตาม พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 44 ดังนั้น คำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ข. คำชี้ขาดของศาลปกครองสูงสุดตามคดีหมายเลขดำที่ อ.๔๒๔/๒๕๔๙ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๓๔๙/๒๕๔๙ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดี กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้ถูกฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำวินิจฉัยที่น่าสนใจในส่วนที่เป็นเรื่องสัญญาทางปกครองและความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังนี้

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศนระบบ ยู เอช เอฟ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2538 เป็นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่ผู้คัดค้านในการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศนและดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศนระบบ ยู เอช เอฟ โดยผู้คัดค้านได้รับมอบหมายและได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ในการส่งวิทยุโทรทัศนภายใต้เงื่อนไขที่ต้องเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเพื่อให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการรับทราบข้อมูลหรือข่าวสารตามระบอบประชาธิปไตย โดยผู้คัดค้านจะต้องให้ผลประโยชน์ตอบแทนรัฐจากการได้รับอนุญาตดังกล่าว ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติ เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุโทรทัศนนั้น เป็นทรัพยากรสื่อสารของรัฐที่รัฐจะต้องนำมาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การจัดทำมีสถานีวิทยุโทรทัศนและดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน จึงเป็นบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐอาจเป็นผู้จัดทำเองหรือรัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน หรือให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งก็คือการอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวและได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุโทรทัศนภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยที่เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง โดยเอกชนผู้รับสัมปทานได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการได้รับสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้น สัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาระหว่างรัฐผู้ให้สัมปทานกับเอกชนผู้รับสัมปทานโดยมีประชาชนผู้ใช้บริการเป็นผู้ได้รับประโยชน์ หรือในทางกลับกัน หากเอกชนผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทานหรือขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะให้ลดน้อยลงไปกว่าเดิม ผู้ได้รับผลกระทบกระเทือนก็คือประชาชน แต่ประชาชนแต่ละคนไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ด้วยตัวเอง จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้ดำเนินการแทนประชาชน

โดยมีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ที่ดูแลรับผิดชอบ ซึ่งการให้สัมปทานแก่เอกชนหรือ การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปนั้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ขึ้นมาควบคุม โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนในการดำเนินการไว้หลาย ขั้นตอน ในเมื่อการดำเนินการตามสัญญา เป็นการที่รัฐมอบให้เอกชนลงทุนโดยวิธีการให้สัมปทาน ซึ่งการลงทุนมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนในการดำเนินการที่สำคัญไว้ดังนี้ คือ (1) หน่วยงานเจ้าของโครงการ (ซึ่งในกรณีนี้คือผู้ร้อง) ที่ประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการนี้ ต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยละเอียดต่อกระทรวงเจ้าสังกัด (มาตรา 6) (2) เมื่อกระทรวงเจ้าสังกัดได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจากหน่วยงานเจ้าของโครงการแล้ว จะต้องเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือกระทรวงการคลัง แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาหากส่วนราชการดังกล่าวเห็นด้วยกับโครงการ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ (มาตรา 9) (3) เมื่อคณะรัฐมนตรี ให้ความเห็นชอบในโครงการใดแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ (มาตรา 12) หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งโดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ และพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ (มาตรา 13 และมาตรา 14) (4) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการก่อนลงนาม (มาตรา 20) (5) ให้คณะกรรมการดังกล่าวเสนอผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาและเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา (มาตรา 21)

จากขั้นตอนการดำเนินการดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นเพียงผู้เตรียมการและเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการในระดับปฏิบัติการเท่านั้น ส่วนอำนาจในการตัดสินใจตั้งแต่ในขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการและในขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้าร่วมงานหรือดำเนินการนั้น กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจที่สำคัญนี้แทนรัฐ นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ในการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีที่จะตัดสินใจหรือไม่ให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้าร่วมงานหรือดำเนินการที่สำคัญนี้ จะต้องมีการเสนอผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผลว่าตามที่ได้มีประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการโดยมีการประกาศขอบเขต

ของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการนั้น เอกชนรายที่เสนอตัวเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าวมีรายใดหรือไม่ ที่มีข้อขัดข้องหรือข้อสงวนที่ไม่อาจปฏิบัติตามขอบเขตของโครงการหรือเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าว และจะต้องมีการเสนอด้วยว่าเอกชนรายใดบ้างที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐแตกต่างไปจากที่ได้มีการกำหนดไว้ในประกาศเชิญชวน ซึ่งถ้ามีการเสนอข้อมูลต่อคณะรัฐมนตรีว่ามีเอกชนบางรายมีข้อขัดข้องหรือข้อสงวนที่ไม่อาจปฏิบัติตามขอบเขตของโครงการหรือเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าว หรือถ้ามีการเสนอข้อมูลต่อคณะรัฐมนตรีว่ามีเอกชนบางรายขอเจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐแตกต่างไปจากที่ได้มีการกำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนหรือมีข้อเสนอเรื่องผลประโยชน์ของรัฐน้อยกว่าข้อเสนอของเอกชนรายอื่น เอกชนรายนั้นก็ย่อมจะไม่ได้รับการพิจารณาคัดเลือก ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ได้มีการรายงานผลการคัดเลือกต่อคณะรัฐมนตรี โดยคณะกรรมการตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้พิจารณาข้อเสนอของเอกชนแล้วให้คะแนนตามเกณฑ์ที่กำหนดขึ้น (คะแนนรวม 100 คะแนน) ซึ่งเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งคือ ผลประโยชน์ตอบแทนที่รัฐจะได้รับ (25 คะแนน) ซึ่งผู้คัดค้านได้เสนอผลประโยชน์ที่จะให้แก่รัฐไว้สูงกว่าเอกชนรายอื่น และยังมีเรื่องของคุณภาพรายการ (40 คะแนน) อันรวมถึงผังรายการเกี่ยวกับสัดส่วนรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ที่จะต้องมีไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ของเวลาออกอากาศทั้งหมด และในช่วงเวลาระหว่าง 19 นาฬิกา ถึง 21.30 นาฬิกา (Prime Time) จะต้องใช้สำหรับรายการประเภทนี้ด้วย ผลปรากฏว่าผู้คัดค้านมีคะแนนรวมเป็นลำดับที่หนึ่ง คณะกรรมการจึงเห็นควรคัดเลือกผู้คัดค้านเข้าร่วมงานและดำเนินโครงการดังกล่าว พร้อมทั้งได้จัดทำร่างสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ เสนอมาเพื่อพิจารณาด้วย ซึ่งคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2538 ได้พิจารณารายงานผลการคัดเลือกแล้ว มีมติเห็นชอบตามนั้น และให้ส่งร่างสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ก่อนลงนามต่อไป ดังนั้น ร่างสัญญาที่จะมีการลงนามกันจึงต้องเป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาให้ความเห็นชอบไว้ ซึ่งหลังจากนั้นก็ได้มีการส่งร่างสัญญาที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในหลักการแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา

ปัญหาเกิดขึ้นจากกรณีทีหลังจากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบแล้วมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงร่างสัญญาให้มีข้อความเพิ่มเติมขึ้นมาโดยศาลปกครองสูงสุดก็มีคำวินิจฉัยที่นำเสนอใจถึงเช่นกัน ดังนี้

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เมื่อผู้คัดค้านได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ แล้ว ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา ผู้คัดค้านได้ร้องขอให้เพิ่มเติมข้อสัญญา จนกระทั่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้เพิ่มเติมเป็นข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ซึ่งระบุว่า หลังจากวันทำสัญญานี้หากผู้ร้องหรือหน่วยงานของรัฐ ให้สัมปทานอนุญาต หรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้คัดค้านได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของผู้คัดค้านอย่างรุนแรง เมื่อผู้คัดค้านร้องขอ ผู้ร้องจะพิจารณาและเจรจากับผู้คัดค้านโดยเร็วเพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้คัดค้านได้รับผลกระทบดังกล่าว

เมื่อพิจารณาข้อสัญญาที่ผู้คัดค้านขอเพิ่มเติมภายหลังจากที่ได้รับคัดเลือกแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นไว้แล้วในสาระสำคัญ ซึ่งนอกจากจะเป็นการขอเพิ่มเติมข้อสัญญาภายหลังจากที่ได้รับคัดเลือก อันไม่เป็นธรรมเนียมแก่เอกชนรายอื่นที่เสนอตัวเข้าร่วมงานหรือดำเนินการดังกล่าวแล้ว ยังเป็นการกำหนดให้ผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นคู่สัญญาแทนรัฐ ต้องผูกพันตนและรับผิดชอบแทนหน่วยงานอื่นของรัฐในอันที่จะไม่ให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การเพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการเกินอำนาจของผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ไม่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งหากจะให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย ก็จะต้องให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้เพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าวไว้ในข้อ 5 วรรคสี่ของร่างสัญญาแล้วมีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ อส 0017/90 ลงวันที่ 29 มิถุนายน 2538 ส่งร่างสัญญาที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็ได้มีหนังสือลับมาก ด่วนที่สุด ที่ นร 0203/7024 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2538 แจ้งให้ผู้ร้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ต่อไป ซึ่งหมายความว่า ผู้ร้องจะต้องเสนอการขอเพิ่มเติมสัญญาที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้เคยให้ความเห็นชอบไว้แล้วต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง แต่ปรากฏว่าเมื่อผู้ร้องได้รับหนังสือดังกล่าวเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2538 เวลา 16.45 นาฬิกา ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้สั่งการในหนังสือดังกล่าวว่า ส่งผู้อำนวยการกองกฎหมายและระเบียบกลาง โดยไม่ลงวันที่ เดือนกรกฎาคม

2538 กองกฎหมายและระเบียบกลางได้รับหนังสือดังกล่าวเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2538 เวลา 16 นาฬิกา และในวันดังกล่าว ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ที่ได้มีการเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ ไว้แล้ว โดยมีได้มีการเสนอการขอเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้นการเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ เข้าไว้ในสัญญาเข้าร่วมงานฯ โดยมีได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ 5 วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเข้าร่วมงานฯ ในข้ออื่นๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย



ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ค. ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11102/2551 (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 6/2551) สัญญาระหว่าง กทพ. กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

ประเด็นปัญหาที่พิพาท เป็นเรื่องการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางตามสัญญาข้อ 11.3 ถึงแม้กรณีพิพาทตามคดีนี้จะไม่ใช่โครงการที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากเป็นโครงการที่เกิดขึ้นก่อนมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่ถ้าพิจารณาถึงเนื้อหาและองค์ประกอบของโครงการแล้วจะเห็นว่าหากเกิดขึ้นภายหลังพระราชบัญญัติการเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ใช้บังคับแล้วโครงการนี้จะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ และจะต้องถือว่าเป็นปัญหาการแก้ไขสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้โดยอนุমান จึงนำมาเป็นกรณีศึกษาในหัวข้อนี้ โดยมีรายละเอียดที่นำมาวิเคราะห์ ดังนี้

สัญญาข้อ 11.3

ร่างสัญญาข้อ 11.3 (ก่อนแก้ไข) มีข้อความดังนี้

11.3 การปรับอัตราค่าผ่านทางสำหรับ “โครงข่ายในเขตเมือง”

อัตราค่าผ่านทางสำหรับ โครงข่ายในเขตเมือง (ทั้งนี้โดยไม่กระทบกระเทือนการปรับอัตราค่าผ่านทางตามข้อ 19.4) จะปรับเป็นครั้งคราว ดังนี้

1. เพื่อประโยชน์ในการปรับอัตราค่าผ่านทางใน “วันพิจารณาปรับอัตราค่าผ่านทาง” คู่สัญญาจะคำนวณปรับอัตราค่าผ่านทางบนพื้นฐานของดัชนีผู้บริโภคสำหรับกรุงเทพมหานครที่ออกโดยกระทรวงพาณิชย์ล่าสุด (กรณีที่ดัชนีดังกล่าวไม่มีประกาศไว้คู่สัญญาอาจตกลงใช้ดัชนีอื่นที่เหมาะสมแทน) (โดยคำนวณอย่างต่อเนื่อง) สำหรับระยะเวลาตั้งแต่วันที่กำหนดไว้ในดัชนีที่เกี่ยวข้องนำมาคำนวณปรับอัตราค่าผ่านทางครั้งสุดท้าย (หรือในกรณีที่เป็นการปรับอัตราค่าผ่านทางครั้งแรกนับตั้งแต่ “วันเปิดใช้งานของส่วนบังคับก่อน”

2. หลังจากการพิจารณาดังกล่าว อัตราค่าผ่านทางจะเพิ่มขึ้นเป็นสัดส่วนกับการเพิ่มที่คำนวณตามข้อ 1 ข้างต้น และในการเพิ่มขึ้นแต่ละครั้งจะคำนวณปรับเป็นจำนวนเต็ม 5 บาท

3. การปรับอัตราค่าผ่านทางดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ภายใน 6 เดือนนับแต่ “วันพิจารณาปรับค่าผ่านทาง” และ

4. เป็นที่สังเกตเห็นว่า (เว้นแต่สัญญาจะกำหนดเป็นอย่างอื่น) เว้นแต่ดัชนีราคาผู้บริโภคที่เกี่ยวข้องที่เพิ่มขึ้นตามที่คำนวณในข้อ 1) ข้างต้นได้เพิ่มขึ้นเป็น 75% หรือมากกว่า การขึ้นอัตราค่าผ่านทางแต่ละครั้ง (ตามที่คำนวณตามข้อ 2) ข้างต้นในส่วนเกี่ยวกับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากรถ 4 ล้อ จะไม่เกิน 10 บาท ตลอดระยะเวลา 15 ปีแรกของ “ระยะเวลาของสัญญา”

(ข้อความที่ขีดเส้นใต้เป็นข้อความที่ถูกตัดออก)

สัญญาข้อ 11.3 (หลังแก้ไข) มีข้อความดังนี้

11.3 การปรับอัตราค่าผ่านทางสำหรับ “ระบบ”

อัตราค่าผ่านทางสำหรับ “ระบบ” จะมีการปรับเป็นครั้งคราว (ทั้งนี้โดยไม่กระทบกระเทือนการปรับอัตราค่าผ่านทางตามข้อ 19.4) ดังนี้

1. เพื่อประโยชน์แก่การปรับอัตราค่าผ่านทางใน “วันพิจารณาปรับค่าผ่านทาง” แต่ละครั้ง คู่สัญญาจะคำนวณปรับอัตราค่าผ่านทางบนพื้นฐานอัตราเพิ่มของดัชนีผู้บริโภคสำหรับกรุงเทพมหานครที่ออกโดยกระทรวงพาณิชย์ล่าสุด (กรณีที่ดัชนีดังกล่าวไม่มีประกาศไว้คู่สัญญาอาจตกลงใช้ดัชนีอื่นที่เหมาะสม) ซึ่งสูงกว่าระยะเวลาตั้งแต่วันที่กำหนดไว้ในดัชนีที่เกี่ยวข้องที่ใช้คำนวณปรับอัตราค่าผ่านทางครั้งสุดท้าย (หรือในกรณีที่เป็นการปรับอัตราค่าผ่านทางครั้งแรกนับตั้งแต่ “วันเปิดใช้งานของพื้นที่ส่วนแรก”)

2. ในการพิจารณาปรับอัตราค่าผ่านทางแต่ละครั้ง อัตราค่าผ่านทางจะเพิ่มขึ้นเป็นสัดส่วนกับการเพิ่มขึ้นที่คำนวณตามข้อ 1 ข้างต้น แต่จำนวนค่าผ่านทางที่เพิ่มขึ้นแต่ละครั้งจะคำนวณปรับเป็นจำนวนเต็ม 5 บาท แต่จะปรับได้ไม่เกินครั้งละ 10 บาทตลอดระยะเวลา 15 ปีแรกของ “ระยะเวลาของสัญญา” แต่ในกรณีที่เกิดภาวะเงินเฟ้อสูงผิดปกติ (unusually high rate of-inflation) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้พิจารณาในเรื่องการปรับราคาตามสมควร

3. “กทพ.” จะดำเนินการเพื่อให้แน่ใจว่า อัตราค่าผ่านทางที่ปรับใหม่ตามข้อ 1 และ 2 ข้างต้นมีผลบังคับใช้ภายใน 6 เดือนนับแต่ “วันพิจารณาปรับอัตราค่าผ่านทาง”

(ข้อความที่ขีดเส้นใต้เป็นข้อความใหม่)

ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทาง สรุปข้อเท็จจริงได้ดังนี้

1. คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติ เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2531 ให้ กทพ. ทำสัญญาให้บริษัท ทางด่วน กรุงเทพฯ เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ตามหลักการและเงื่อนไขที่กระทรวงมหาดไทยเสนอ ต่อมากระทรวงมหาดไทยและบริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ คู่สัญญา ร่วมกันพิจารณา กำหนดอัตราค่าผ่านทางตามสัญญา ข้อ 11.3 (1) แล้วออกประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับวันที่ 27 สิงหาคม 2541 เก็บอัตราค่าผ่านทางในเขตเมือง รถ 4 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท รถ 6-10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 20 บาท และรถเกินกว่า 10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 20 บาท สำหรับค่าผ่านทางนอกเขตเมือง รถ 4 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 5 บาท รถ 6-10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท และรถเกินกว่า 10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท

วันที่ 14 ตุลาคม 2541 คณะกรรมการกฤษฎีกาของสภาผู้แทนราษฎร ได้มีหนังสือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยว่า การปรับอัตราค่าผ่านทางตามประกาศดังกล่าวไม่เป็นไปตาม สัญญาซึ่งระบุว่า จะปรับค่าผ่านทางได้ไม่เกินครั้งละ 10 บาท สำหรับทางด่วนทั้งระบบ คู่สัญญาจึงขอให้ สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องนี้ และสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า การปรับค่าผ่านทางของรถแต่ละประเภทและทั้งระบบจะปรับได้ไม่เกิน 10 บาท

2. กระทรวงมหาดไทย จึงยกเลิกประกาศ ฉบับวันที่ 27 สิงหาคม 2541 แล้วออกประกาศ ฉบับ วันที่ 23 ตุลาคม 2541 เก็บอัตราค่าผ่านทางในเขตเมือง เมือง รถ 4 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท รถ 6-10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท และรถเกินกว่า 10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท สำหรับค่าผ่านทางนอกเขตเมือง รถ 4 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 5 บาท รถ 6-10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท และรถเกินกว่า 10 ล้อ เพิ่มขึ้นคันละ 10 บาท โดย กทพ. และบริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ คู่สัญญา มิได้ร่วมกันพิจารณากำหนดอัตราค่าผ่านทางตามที่ กำหนดไว้ในสัญญาข้อ 11.3 (1)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางเปรียบเทียบการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางที่ก่อให้เกิดข้อพิพาท

ประเภทรถ	ค่าผ่านทางเดิม		ประกาศ มท. 27 ส.ค. 41		ประกาศ มท. 23 ต.ค. 41	
	ในเขตเมือง	นอกเขตเมือง	ในเขตเมือง	นอกเขตเมือง	ในเขตเมือง	นอกเขตเมือง
4 ล้อ	30	15	40	20	40	15
6-10 ล้อ	50	20	70	30	60	20
เกินกว่า 10 ล้อ	70	30	90	40	80	30

3. บริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ เห็นว่าอัตราค่าผ่านทางควรเป็นอัตราตามประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับวันที่ 27 สิงหาคม 2541 จึงเกิดเป็นข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการเพื่อชี้ขาด ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 16/2542 หมายเลขแดงที่ 78/2542 ซึ่งคณะกรรมการตุลาการ ชี้ขาดสรุปได้ว่า คณะรัฐมนตรีอนุมัติในหลักการให้ กทพ. ทำสัญญาฉบับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ ได้ ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องอัตราค่าผ่านทางที่ กทพ. เสนอต่อคณะรัฐมนตรีด้วยนั้นเป็นการเสนอเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติในหลักการให้ กทพ. ทำสัญญากับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ ได้ เท่านั้น ไม่ใช่ส่วนที่คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติในเรื่องอัตราค่าทางด่วนด้วย การเรียกเก็บค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับวันที่ 23 ตุลาคม 2541 สอดคล้องกับสัญญาระหว่างคู่พิพาท ข้อ 11.3

4. ต่อมาได้มีการนำข้อพิพาท เรื่องอัตราค่าทางด่วนเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการอีกครั้งตามข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 45/2544 และคณะกรรมการชี้ขาดสรุปได้ว่า เมื่อมีการนำรายละเอียดเรื่องอัตราค่าทางด่วนเสนอรวมไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาด้วย และคณะรัฐมนตรีพิจารณามีมติอนุมัติให้ กทพ. ทำสัญญากับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ จึงรวมถึงอัตราค่าทางด่วนตามที่เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาด้วย การไปทำสัญญาที่แตกต่างไปจากมติคณะรัฐมนตรีต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน ดังนั้น พนักงานอัยการผู้ตรวจร่างสัญญากรมอัยการ หรือ กทพ. จะไปแก้ไขหลักการการปรับอัตราค่าผ่านทางที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติไว้ไม่ได้ กรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกประกาศฉบับวันที่ 23 ตุลาคม 2541 ลดอัตราค่าทางด่วนลงจากประกาศวันที่ 27 สิงหาคม 2541 ทำให้

บริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ ได้รับส่วนแบ่งค่าทางด่วนน้อยลงเป็นเงิน 360,898,617 บาท กทพ. ต้องชดใช้เงินจำนวนดังกล่าวให้แก่บริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ

5. วันที่ 28 ธันวาคม 2547 ศาลแพ่งพิจารณาเห็นว่า คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นคำวินิจฉัยชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท จึงพิพากษาให้ กทพ. ชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท ทางด่วนกรุงเทพฯ ในผลต่างระหว่างอัตราค่าผ่านทางที่พึงเรียกเก็บได้ตามที่ได้ตกลงกันตามสัญญาเป็นเงิน 360,898,617 บาท พร้อมดอกเบี้ย

ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้พิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านขอให้ยกคำร้อง

ศาลแพ่งกรุงเทพใต้พิพากษาว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 45/2544 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2544 ชอบด้วยกฎหมาย บังคับให้ผู้คัดค้านชดใช้ค่าเสียหายในผลต่างระหว่างอัตราค่าผ่านทางที่พึงเรียกเก็บตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 และอัตราค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม นับตั้งแต่วันที่ 24 ตุลาคม 2541 เป็นต้นไป จนถึงวันที่ 15 กรกฎาคม 2543 เป็นจำนวนเงิน 360,898,617 บาท พร้อมดอกเบี้ยตามสัญญาข้อ 25.6 และให้ชดใช้ค่าเสียหายตามจำนวนผลต่างของอัตราค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทยทั้งสองฉบับดังกล่าว โดยคำนวณตามจำนวนและประเภทของรถยนต์ที่แท้จริงที่ได้ใช้ทางด่วนทั้งโครงข่ายในเขตเมืองและโครงข่ายนอกเขตเมืองที่เกิดขึ้นจริง นับแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 2443 เป็นต้นไป พร้อมดอกเบี้ยตามสัญญาข้อ 25.6 จนกว่าจะมีการดำเนินการตามสัญญาให้มีการปรับอัตราค่าผ่านทางใหม่ กับให้ผู้คัดค้านใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความ 500,000 บาท แทนผู้ร้อง

ผู้คัดค้านอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาคณะคดีปกครองวินิจฉัยว่า คดีมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของผู้คัดค้านว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดหลังชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นข้อนี้ผู้คัดค้านได้หยิบยกประเด็นปัญหาข้อกฎหมายขึ้นโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาศาลแพ่งกรุงเทพใต้ไว้ในอุทธรณ์ข้อ 2.2 หลายประการ แต่ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นสมควรวินิจฉัยในประเด็นข้อ 2.2.2 และ ข้อ 2.2.3 ก่อนว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อนสิ้นผลบังคับแล้วหรือไม่ เห็นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.2530

ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะเกิดข้อพิพาทนั้น ได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์การดำเนินการเพื่อให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องไว้ ดังนี้

มาตรา 21 วรรคสี่ บัญญัติว่า "เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว อนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดจะต้องจัดส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกคน"

มาตรา 22 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 23 และสัญญาอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี เมื่อได้มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่แล้ว"

มาตรา 23 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น คำร้องขอนี้ให้ยื่นภายในกำหนดเวลาหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่แล้ว"

เมื่อข้อเท็จจริงที่คู่ความรับกันฟังได้ว่า หลังจากอนุญาโตตุลาการชุดก่อนทำคำชี้ขาดฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2542 เสร็จแล้ว สถาบันอนุญาโตตุลาการได้จัดส่งสำเนาคำชี้ขาดดังกล่าวถึงผู้ร้องและผู้คัดค้านโดยชอบแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการฉบับดังกล่าวย่อมเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 22 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 21 วรรคสี่ ซึ่งย่อมเกิดผลทางกฎหมายว่า คู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดอันถึงที่สุดแล้วนั้น โดยไม่อาจนำปัญหาข้อโต้แย้งที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดแล้วนั้นขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อีก ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้บัญญัติถึงกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดอันมีผลถึงที่สุดแล้วไว้ในมาตรา 23 วรรคหนึ่ง ต่อไปว่า หากคู่กรณีฝ่ายใดซึ่งต้องผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ก็ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นได้ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณี โดยไม่มีบทมาตราใดบัญญัติให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้วินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายว่า ผู้คัดค้านมิได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อน ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2542 จึงสิ้นสภาพบังคับไปแล้วนั้น หากเป็นการชอบด้วย

กฎหมายไม่ ทั้งนี้เพราะกำหนดระยะเวลาที่มาตรา 23 วรรคหนึ่ง กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่ แล้วนั้น บัญญัติไว้เพื่อรองรับกับข้อความตอนต้นของมาตรา 23 วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น..." แสดงว่า ความตอนท้ายของมาตรา 23 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดกรอบระยะเวลาการยื่นคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดว่า "...คำร้องขอนี้ให้ยื่นภายในกำหนดเวลาหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่ แล้ว" หมายถึงเฉพาะกรณีที่มีคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดและจำเป็นที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับให้คู่กรณีฝ่ายนั้นยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดเท่านั้น แต่คดีนี้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อนได้วินิจฉัยชี้ขาดว่า การเรียกเก็บค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 ไม่สอดคล้องกับสัญญาข้อ 11.3 และประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 ซึ่งยกเลิกประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 และให้ปรับค่าผ่านทางใหม่นั้นสอดคล้องกับข้อสัญญาข้อ 11.3 ซึ่งมีผลทำให้การเก็บค่าผ่านทางสามารถดำเนินการต่อไปตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 ที่ประกาศใช้บังคับใหม่ได้โดยผู้คัดค้านไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้บังคับผู้ร้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการชุดก่อนเช่นว่านั้น ออกมาสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การเก็บค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 อยู่แล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อน ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2542 จึงไม่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีที่ผู้คัดค้านจำเป็นจะต้องร้องขอให้ศาลบังคับให้ผู้ร้องซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดซึ่งผู้คัดค้านอยู่ในบังคับที่จะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นภายในกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 แต่อย่างใด ดังนั้น แม้ผู้คัดค้านจะมีได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อน ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2542 ก็ยังมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ หากสิ้นผลบังคับไปดังคำพิพากษาศาลแพ่งกรุงเทพใต้ไม่ โดยเหตุนี้การที่ผู้ร้องนำข้อพิพาทเรื่องเดียวกันนี้มายื่นเรียกร้องแย้งต่ออนุญาโตตุลาการชุดหลัง ซึ่งเพื่อให้พิจารณาทำคำชี้ขาดซ้ำอีก จึงเป็นการนำข้อพิพาทที่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดไปแล้วโดยอนุญาโตตุลาการชุดก่อนซึ่งคำชี้ขาดเป็นที่ยุติและยังคงมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ไปรื้อร้องขอต่อ

อนุญาตตุลาการชุดหลังให้พิจารณาซ้ำซ้ำอีก ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการทำลายหลักการสำคัญของมาตรา 23 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่บัญญัติให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีโดยสิ้นเชิงและย่อมส่งผลทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยระบบอนุญาตตุลาการไร้ประสิทธิภาพไปโดยปริยาย เพราะหากคู่กรณีไม่ยอมรับผลต่อการเป็นที่สุดและผลผูกพันคู่กรณีของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการชุดก่อน และมีสิทธิร้องขอพิจารณามีคำชี้ขาดใหม่ต่ออนุญาตตุลาการชุดหลังอีก กระบวนการอนุญาตตุลาการก็จะต้องดำเนินการซ้ำซากเช่นคดีนี้ต่อไปไม่มีวันจบสิ้น ซึ่งมีใช้เจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการที่จะให้เป็นเช่นนั้น ดังนั้น การที่อนุญาตตุลาการชุดหลังได้รับคำเสนอข้อพิพาทของผู้ร้องไว้พิจารณาแล้วมีคำชี้ขาดใหม่ ฉบับลงวันที่ 3 ธันวาคม 2544 จึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 23 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 อันเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีคำชี้ขาด เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องยื่นคำร้องขอต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ให้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการชุดหลังในวันที่ 5 มิถุนายน 2545 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังวันที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มีผลใช้บังคับแล้ว กรณีย่อมต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่ให้อำนาจศาลที่จะทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ถ้าปรากฏต่อศาลว่าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และศาลฎีกาเห็นว่าปัญหาเรื่องการนำข้อพิพาทที่อนุญาตตุลาการชุดก่อนไปร้องขอให้อนุญาตตุลาการชุดใหม่พิจารณาและมีคำชี้ขาดซ้ำอีกซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการเช่นนี้ ย่อมถือได้ว่าเข้าเกณฑ์เป็นกรณีที่คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการชุดหลังขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ศาลมีอำนาจและสมควรที่จะทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 ดังกล่าวข้างต้น ที่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้พิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการชุดหลัง ฉบับลงวันที่ 3 ธันวาคม 2544 มานั้น ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย อุทธรณ์ของผู้คัดค้านในประเด็นข้อนี้ฟังขึ้น และเมื่อผลแห่งการวินิจฉัยเป็นดังนี้แล้ว คดีก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้คัดค้านในประเด็นข้ออื่นๆ อีกเพราะเป็นอุทธรณ์ไม่เป็นสาระแก่คดีเนื่องจากแม้ศาลฎีการับวินิจฉัยให้ก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงผลแห่งคดีได้พิพากษากลับ ให้ยกคำร้องของผู้ร้อง และให้ผู้ร้องชดเชยค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลแทนผู้คัดค้าน โดยกำหนดค่าทนายความให้รวม 100,000 บาท.

ง. กรณีเรื่องสัญญาระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับ บริษัท จาโก จำกัด - กรณีหย่อนไลน์

สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ทำสัญญาแต่งตั้งให้บริษัท จาโก จำกัด เป็นผู้แทนจำหน่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ (ระบบ On line) เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2539 โดยบริษัท จาโกฯ เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด ต่อมารัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง สั่งให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไปดำเนินการสอบถามประชามติจากประชาชนเกี่ยวกับการขายสลากด้วยเครื่องอัตโนมัติก่อน ทั้งที่การดำเนินการได้ล่วงเลยขั้นตอนที่จะกลับไปสอบถามประชามติจากประชาชนแล้วก็ตาม และเมื่อประชามติส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีเครื่องขายสลากอัตโนมัติ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังคนดังกล่าวยังให้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความสัญญาที่ได้ทำกันไว้แล้วอีก ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นตามเรื่องเสรีที่ 570/2542 ว่า สัญญาที่ทำกันไว้ไม่ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สัญญาไม่ผูกพันสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล ทำให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไม่ยอมดำเนินการใดๆ เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาเป็นเหตุให้บริษัท จาโกฯ เสนอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาไต่สวนการพิจารณา ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยไม่เห็นพ้องตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชดใช้ค่าเสียหายให้บริษัท จาโกฯ เป็นเงิน 2,508,593,718 บาท ต่อมาศาลแพ่งได้พิพากษาให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท จาโกฯ ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ข้อสัญญา

ข้อ 15 เพื่อเป็นการตอบแทนบริษัทในการดำเนินการเป็นผู้แทนจำหน่ายสลาก สำนักงานตกลงให้ส่วนลดแก่บริษัท เป็นจำนวนร้อยละ 9 (เก้า) ของยอดจำหน่ายสลากที่บริษัทจำหน่ายได้ทั้งหมด

ข้อ 18 ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมดเกี่ยวกับการจำหน่ายสลากด้วยเครื่องจำหน่ายแบบอัตโนมัติ บริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบทั้งสิ้น

ข้อ 19 บริษัทต้องปฏิบัติตามข้อบังคับ ระเบียบ ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งของสำนักงานที่มีอยู่แล้ว หรือที่จะมีในภายหน้าทุกประการ

ข้อ 21 นอกจากกรณีดังกล่าวในข้อ 23 หากสำนักงานมีนโยบายให้เลิกการออกสลากสำนักงานจะต้องแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัททราบล่วงหน้า 36 (สามสิบหก) เดือนและบริษัทจะยุติการออกสลากและจะ

ไม่เรียกร้องค่าเสียหายจากสำนักงาน แต่หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายหรือคำสั่งของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ ที่ให้เลิก โดยเด็ดขาด บริษัทต้องปฏิบัติตามทันทีโดยไม่เรียกร้องค่าเสียหายจากสำนักงาน

ในกรณีที่ไม่มีกรออกสลากชั่วคราว หรือมีการลดปริมาณการออกหรือจำหน่ายสลากในแต่ละงวด น้อยกว่าปริมาณขั้นต่ำที่บริษัทรับประกันตามข้อ 6 เพราะไม่มีหน่วยงานใดขอออกสลากหรือมีการลดงวด การออกสลากให้น้อยลง หรือการออกสลากไม่ได้รับการอนุมัติไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ หรือเพราะเป็นนโยบาย ของรัฐบาล หรือเพราะเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายต่อกัน และบริษัทมีสิทธิลด หลักประกันตามข้อ 9 เหลือเท่ากับราคารวมของสลากที่เหลืออยู่สำหรับให้บริษัทจำหน่าย

อย่างไรก็ตาม เฉพาะกรณีไม่มีกรออกสลากชั่วคราวหรือการออกสลากไม่ได้รับอนุมัตินั้น หาก ปรากฏในภายหลังว่า สำนักงานได้รับนโยบายให้ออกสลากอีก หรือมีการอนุญาตให้สำนักงานออกหรือ จำหน่ายสลากต่อไปได้ หรือเหตุสุดวิสัยตามวรรคสองนั้นสิ้นสุดลงและอายุสัญญายังไม่สิ้นไป คู่สัญญา มีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้ครบถ้วนตามความในสัญญานี้ต่อไปจนหมดอายุของสัญญา

ข้อ 26 ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นตามสัญญานี้ คู่สัญญาจะต้องพยายามเจรจาตกลงกันในทันที เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ให้เสร็จสิ้นภายใน 30 (สามสิบ) วัน

หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ ไม่สามารถตกลงระงับได้ตามวรรคแรกคู่สัญญา ตกกลงระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาด

ต่อมา สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับบริษัท จาโกฯ ได้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาขึ้นสรุปได้ ดังนี้

1. วันที่ 24 มกราคม 2540 สำนักงานสลากฯ ได้ให้บริษัท จาโกฯ ชะลอการจัดหาและติดตั้งเครื่อง จำหน่ายสลากแบบอัตโนมัติตามสัญญาไว้ก่อน เพื่อศึกษาผลกระทบตามที่รัฐมนตรีช่วยว่าการ กระทรวงการคลัง มอบนโยบายให้ไปดำเนินการ

2. วันที่ 28 มกราคม 2540 และวันที่ 28 มีนาคม 2540 บริษัท จาโกฯ ได้มีหนังสือถึงสำนักงาน สลากฯ ขอให้เร่งดำเนินการพิจารณาเพื่อให้ผู้เสนอข้อพิพาทสามารถดำเนินการตามสัญญาได้โดยเร็ว

3. วันที่ 18 เมษายน 2540 บริษัท จาโกฯ ได้มีหนังสือร้องเรียนขอความเป็นธรรมต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง แต่ในวันเดียวกันสำนักงานสลากฯ ได้มีหนังสือแจ้งให้บริษัท จาโกฯ ระวังการดำเนินการตามสัญญา

4. วันที่ 17 กันยายน 2540 สำนักงานสลากฯ ได้ทำหนังสือแจ้งให้บริษัท จาโกฯ ทราบว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเห็นควรให้ดำเนินการตามสัญญา แต่ให้มีการต่อรองในประเด็นต่างๆ

5. วันที่ 27 กรกฎาคม 2541 บริษัท จาโกฯ ได้มีหนังสือแจ้งให้สำนักงานสลากฯ ปฏิบัติตามสัญญา โดยกำหนดให้บริษัท จาโกฯ เริ่มดำเนินการตามสัญญาภายใน 30 วัน แต่วันที่ 16 สิงหาคม 2541 สำนักงานสลากฯ กลับมีหนังสือแจ้งให้บริษัท จาโกฯ ชะลอการดำเนินการตามสัญญาอีกครั้งหนึ่ง

6. วันที่ 28 กันยายน 2541 บริษัท จาโกฯ ได้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

7. วันที่ 20 ธันวาคม 2541 สำนักงานสลากฯ ได้ทำคำคัดค้านสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ สรุปว่า รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง ให้นโยบายว่าขอรับฟังความเห็นของประชาชนประมาณ 1 แสนคนทั่วประเทศ เพื่อประกอบการพิจารณา ผลการสำรวจ ประชาชนเห็นด้วยกับโครงการจำหน่ายสลากการกุศลด้วยเครื่องอัตโนมัติเฉลี่ยร้อยละ 58.83 ไม่เห็นด้วยเฉลี่ยร้อยละ 20.09 ไม่แน่ใจเฉลี่ยร้อยละ 21.08

8. วันที่ 16 สิงหาคม 2542 คู่กรณีได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ณ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ

9. วันที่ 13 กันยายน 2542 สำนักงานสลากฯ ได้มีหนังสือแจ้งบริษัท จาโกฯ ให้ยุติการดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับการจำหน่ายสลากด้วยเครื่องอัตโนมัติ เนื่องด้วยรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง ได้มีคำสั่งให้ระวังการดำเนินการในเรื่องนี้ จนกว่าจะได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและความชัดเจนในแนวปฏิบัติที่ถูกต้องชอบธรรม

10. วันที่ 23 กันยายน 2542 สำนักงานสลากฯ ได้แจ้งบริษัท จาโกฯ ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกา วินิจฉัยว่า การแต่งตั้งบริษัท จาโกฯ เป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลด้วยเครื่องอัตโนมัติถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่การแต่งตั้งที่ได้กระทำไปมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงไม่มีผลผูกพันในแง่ของสัญญา กับหน่วยงานของรัฐ

11. วันที่ 29 กันยายน 2542 บริษัท จาโกฯ ได้มีหนังสือสอบถามไปยังสำนักงานสลากฯ ว่า ประสงค์จะปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับบริษัท จาโกฯ หรือไม่ อย่างไร

12. วันที่ 3 ธันวาคม 2542 สำนักงานสลากฯ ได้แจ้งบริษัท จาโกฯ ว่าไม่สามารถจัดให้บริษัท จาโกฯ เข้าปฏิบัติตามสัญญาได้

13. วันที่ 4 มกราคม 2543 บริษัท จาโกฯ ได้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อีกครั้ง

14. วันที่ 17 มีนาคม 2543 สำนักงานสลากฯ ได้ทำคำคัดค้านสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ

15. วันที่ 4 ธันวาคม 2543 คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดข้อพิพาทโดยให้สำนักงานสลากฯ ต้องชำระค่าเสียหายให้แก่บริษัท จาโกฯ เป็นเงิน 2,508,593,718 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันยื่นคำเสนอข้อพิพาทจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น

16. วันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2544 บริษัท จาโกฯ ได้ยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

17. วันที่ 25 พฤษภาคม 2544 สำนักงานสลากฯ ได้ยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งคัดค้านคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

18. วันที่ 27 กรกฎาคม 2547 ศาลแพ่ง พิพากษาให้สำนักงานสลากฯ ชดใช้เงินให้แก่บริษัท จาโกฯ เป็นเงินจำนวน 2,508,593,718 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 4 มกราคม 2543 ปัจจุบันคดีอยู่ชั้นศาลฎีกา

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายพิษณุ กลั่นนุรักษ์ เกิดวันที่ 23 กันยายน พ.ศ. 2502 จบการศึกษานิติศาสตร์บัณฑิต จากมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช เมื่อปี พ.ศ. 2545 ได้รับประกาศนียบัตรเนติบัณฑิตไทยจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2547 ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรว่าความจากสำนักอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ พ.ศ. 2548 เข้าศึกษาต่อหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขา นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2551 ปัจจุบันทำงานอยู่ที่ บริษัท กสท.โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ตำแหน่งผู้จัดการส่วนบริหารสัญญาและผลประโยชน์ Non-Pots และ ISP



ศูนย์วิทยพัทพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย