

การใช้อำนาจรัฐในการแก้ไขสัญญา
ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2565
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE EXERCISE OF STATE POWER FOR PARTNERSHIP AGREEMENT AMENDMENT
UNDER THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT, B.E. 2562



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2022

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การใช้อำนาจรัฐในการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติ

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

โดย

น.ส.เพลินวรา เหมโกวิททรัพย์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษิตตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปรีญา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์)

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา)

กรรมการ

(อาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสินนท์)

เพลินวรา เหมโกทวิทรัพย์ : การใช้อำนาจรัฐในการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562. (THE EXERCISE OF STATE POWER FOR PARTNERSHIP AGREEMENT AMENDMENT UNDER THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT, B.E. 2562) อ.ที่ปรึกษาหลัก : รศ. ดร. มานิตย์ จุมปา

ประเทศไทยมีกฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือ Public - Private Partnership : PPP คือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีการบัญญัติถึงการใช้อำนาจรัฐในการแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในมาตรา 50 (2) อันนำไปสู่ประเด็นการศึกษา คือ การวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนการวิเคราะห์ขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามความ ในมาตรา 50 (2) ตลอดจนการวิเคราะห์กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และการวิเคราะห์ระยะเวลาเริ่มต้นมีผลของสัญญาซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ตามความ ในมาตรา 50 (2)

จากการศึกษา พบว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และเมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จะพบว่า การแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2) มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาโดยฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจนั้นต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งการแก้ไขสัญญาตามหลักสัญญา และหลักกฎหมายมหาชน ตลอดจนการแก้ไขสัญญาจะต้องมาจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ในขณะที่ทำสัญญา และจะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญถึงขนาดที่ทำให้กลายเป็นสัญญาใหม่ และยังปรากฏว่าบทบัญญัติมาตรา 50 (2) ขาดกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และขาดกระบวนการในการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาการมีผลของสัญญา ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้วตามมาตรา 50 (2)

ผู้เขียนเสนอให้มีการบัญญัติให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และเสนอให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ ขอบเขตการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในกรณีที่เป็นสาระสำคัญไว้ ตลอดจนเสนอให้มีการบัญญัติขั้นตอนหรือกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องนำเสนอร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่จะเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 50 (2) ไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อตรวจพิจารณา รวมทั้งเสนอให้มีการบัญญัติให้ศาลปกครองเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2) ได้ และเห็นควรเสนอให้มีการตราและใช้บังคับกฎหมายอันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ในเรื่องสัญญาทางปกครอง เพื่อเป็นแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของการกำหนดขอบเขตสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทางปกครอง

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อนิติดี
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6186047534 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Public-Private Partnership, PPP, administrative contract

Ploenwara Hemkothawisap : THE EXERCISE OF STATE POWER FOR PARTNERSHIP AGREEMENT AMENDMENT UNDER THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT, B.E. 2562. Advisor: Assoc. Prof. MANIT JUMPA, Ph.D.

Thailand has a public-private partnership law or Public-Private Partnership: PPP - i.e. the Public-Private Partnership Act B.E. 2019, which provides for the use of state powers to amend contracts in the public interest Section 50 (2) leads to educational issues. Is an analysis of the administrative contractual of the public-private joint partnership agreement. Analysis of the scope of exercise of the powers of the administrative party in Section 50 (2), as well as an analysis of the process of reviewing the exercise of the powers of the administrative party and the determination of the effective starting period of the contract, as amended in section 50 (2).

The study found that public-private partnership agreements it is characterized as an administrative contract by condition, and considering the provisions of Section 50 (2) of the Public-Private Partnership Act B.E. 2019, it can be found that the amendment of the contract under Section 50 (2) is of the nature of the unilateral exercise of the power to amend contracts by the ruling party, in which the exercise of that power is subject to the scope of Amendments to contracts in accordance with contractual principles and public law principles, as well as amendments to contracts, shall be due to reasons that the parties could not have anticipated at the time of entering into a contract, and must not materially amend the contract to the extent of becoming a new contract, and it also appears that the provisions of Section 50 (2) lack a process for reviewing and balancing the exercise of administrative powers and the lack of a process for determining the criteria for determining the validity of the contract, as amended by Section 50 (2).

The author proposes to enact a public-private joint investment contract, an administrative contract by the provisions of the law and proposes to establish rules. The extent to which the exercise of the exclusive power of the administrative party to amend public-private joint partnership agreements in material cases is provided. It is also proposed that the procedures or procedures for reviewing the exercise of power to amend public-private joint partnership agreements by requiring the administrative parties to submit a draft public-private joint partnership agreement, which will be proposed for amendment under Section 50 (2), to the Office of the Attorney General for consideration as well as proposing that the Administrative Court be an organization having the power to inspect the exercise of administrative power in amending the contract under section 50 (2) and saw it should be proposed to be enacted, and enforce the law as a general rule. In the matter of Administrative contracts, provide guidance and minimum standards for determining the scope of rights and obligations of administrative parties.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ ด้วยความเมตตากรุณาอย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ผู้ซึ่งเมตตาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน และอาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสินนท์ ผู้ซึ่งเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ และเป็นผู้ให้แนวทางในการริเริ่มหัวข้อในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งอาจารย์ทั้งสองท่านได้เสียสละเวลาอันมีค่ายิ่ง ในการให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา ตลอดจนชี้แนะและให้ความช่วยเหลือผู้เขียน ด้วยความเมตตา

มาโดยตลอด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ทั้งสองท่านอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชุตินวงศ์ ประธานกรรมการสอบ ที่ได้กรุณาเสียสละเวลาเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และให้คำแนะนำ

คำชี้แนะที่มีค่าอย่างยิ่ง เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างยิ่งในความเมตตากรุณา

ขอขอบพระคุณ คุณ ฉัฐวฒ ไพศาลวัฒนา ผู้อำนวยการสำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ที่ให้ข้อมูลและความรู้ในการสัมภาษณ์ทางโทรศัพท์แก่ผู้เขียน อันเป็นแนวทางในการศึกษาวิจัยอย่างดียิ่ง และขอขอบพระคุณ คุณยุทธิวสิน สกุลจันทร์ พนักงานอัยการผู้ช่วยเหลือในการติดต่อประสานให้ผู้เขียนได้ติดต่อกับศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชุตินวงศ์ โดยสะดวก อีกทั้ง ขอขอบคุณการรถไฟแห่งประเทศไทย ที่เอื้อให้ผู้เขียนเข้าถึงข้อมูลในการศึกษาวิจัย

ขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ในสาขากฎหมายมหาชน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยอย่างยิ่งจากใจจริง ที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาและคอยเป็นกำลังใจให้กันและกันเสมอมา ตลอดจนขอขอบคุณเพื่อนร่วมงานทุกท่าน บุคคลทั้งหลายที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจให้แก่ข้าพเจ้าเสมอมา

ขอกราบขอบพระคุณอย่างยิ่งต่อคุณพ่อและคุณแม่ พี่ชาย และพี่สะใภ้ ผู้ซึ่งเชื่อมั่นในตัวผู้เขียนตลอดมา ผู้เป็นทุกสิ่งทุกอย่างในชีวิตของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าคงไม่มีวันนี้หากปราศจากพวกเขาเหล่านั้นคอยเคียงข้าง

สุดท้ายนี้ขอขอบคุณตัวผู้เขียนเองที่อดทนและใช้ความพยายามอย่างถึงที่สุด ในการศึกษาเล่าเรียนและทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยดี

เพลินวรา เหมโกวิทวิทย์



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1	1
บทนำ.....	1
1.1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3. ขอบเขตของการศึกษา	6
1.4. สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2	8
ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและการแก้ไขสัญญา.....	8
ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	8
2.1 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	11
2.1.1 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองในกฎหมายระหว่างประเทศ	11
2.1.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ใน กฎหมายสหประชาชาติและสหภาพยุโรป.....	12
2.1.2.1 คำแนะนำของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้า ระหว่าง ประเทศ ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships).....	12

2.1.2.2	ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts).....	19
2.2	ข้อคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	20
2.2.1	ข้อคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	20
2.2.2	ข้อคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษ.....	26
2.2.2.1	การร่วมลงทุนระหว่างภาคและเอกชนในประเทศอังกฤษ.....	27
2.2.2.2	ข้อคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศอังกฤษ.....	28
2.2.3	ข้อคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	35
2.2.3.1	กฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในสหรัฐอเมริกา.....	36
2.2.3.2	ข้อคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	36
2.3	ข้อคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	38
2.3.1	ข้อคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	38
2.3.1.1	แนวคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส.....	39
2.3.1.2	ข้อคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน.....	55
2.3.2	ข้อคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบของประเทศฝรั่งเศส.....	57
2.3.2.1	กฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศฝรั่งเศส.....	57
2.3.2.2	ข้อคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศฝรั่งเศส.....	59

2.3.3. ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในประเทศเยอรมัน	64
2.3.3.1 กฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศเยอรมัน	64
2.3.3.2 แนวคิดว่าการแก้ไขสัญญาร่วมร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของ ประเทศเยอรมัน	66
บทที่ 3	68
แนวคิดว่าการแก้ไขสัญญาทางปกครองและการแก้ไขสัญญา	68
ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย.....	68
3.1 ความเป็นมาและลักษณะสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย	69
3.1.1 ความเป็นมาของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย	69
3.1.2 ลักษณะสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย	71
3.1.2.1 สัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศไทย	71
3.1.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพในประเทศไทย.....	78
3.2 แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย	82
3.2.1 การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยความยินยอมของกลุ่มสัญญาในประเทศไทย.....	84
3.2.2 การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศไทย	84
3.2.2.1 กรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปกระทบต่อ การปฏิบัติตามสัญญาอย่างร้ายแรงถึงขนาดทำให้การปฏิบัติตามสัญญา เป็นไปได้.....	85
3.2.2.2 กรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปไม่กระทบต่อ การปฏิบัติตามสัญญาอย่างร้ายแรง แต่เป็นเพียงทำให้ประโยชน์ของ กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน ลดน้อยลง	85
3.2.3 การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองในประเทศไทย	91
3.2.3.1 การบัญญัติอำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ ในบทกฎหมาย.....	91

3.2.3.2 การกำหนดอำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ ในข้อสัญญา.....	91
3.2.3.3 แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งวางหลักให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไข สัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ แม้ไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญา.....	92
3.3 การแก้ไขสัญญาในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย	93
3.4 การตรวจสอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย.....	113
บทที่ 4	117
บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจสาธารณะ ในการแก้ไขสัญญาตาม พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562.....	117
4.1.ปัญหาความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตาม พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562	117
4.1.1 การวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน	118
4.1.2 การวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชน.....	119
4.2 ปัญหาการพิจารณาการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตาม พระราชบัญญัติ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 โดยศึกษามาตรา 50 (2).....	121
4.2.1 การพิจารณาการแก้ไขสัญญาในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562	121
4.2.2 การพิจารณาขอบเขตแห่งการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2).....	124
4.2.2.1 การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป.....	125
4.2.2.2 การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้	129

4.2.2.3 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องไม่เป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนทำให้เป็น สัญญาใหม่.....	130
4.2.2.4 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องไม่เป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในสาระสำคัญ	136
4.2.2.5 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องเป็นไปตามแนวความคิดเรื่องการแก้ไข สัญญาของ ฝ่ายปกครองในประเทศไทย	137
4.2.2.6 การวิเคราะห์เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาในสัญญา ร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย.....	138
4.2.2.7 การวิเคราะห์การชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่าย ปกครอง ตามมาตรา 50 (2)	140
4.3.ปัญหาเรื่องการขาดกระบวนการตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งได้ แก้ไขแล้ว ตามความในมาตรา 50 (2)	143
4.4.ปัญหาระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2)	145
4.4.1 กรณีมีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2) ไว้ ในสัญญา.....	146
4.4.2 กรณีไม่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2)	146
บทที่ 5	152
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	152
5.1 บทสรุป.....	152
5.2.ข้อเสนอแนะ	157
บรรณานุกรม	161
ประวัติผู้เขียน	166

บทที่ 1

บทนำ

1.1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การจัดทำบริการสาธารณะ เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของคนในรัฐ ต่อมาเมื่อสังคมเกิดการพัฒนามากขึ้น หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐต่างๆก็เพิ่มขึ้น ดังนั้น หากจะให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ แต่เพียงผู้เดียว อาจจะไม่สามารถตอบสนองความต้องการที่เพิ่มมากขึ้นได้อย่างทันที่ จึงมีแนวคิดในการเรื่องการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ (gestion déléguée des services) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองทำสัญญามอบให้คู่สัญญา ซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น เป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการแทนฝ่ายปกครอง ด้วยการลงทุนของคู่สัญญา¹

การมอบบริการสาธารณะให้เอกชนเป็นผู้จัดทำที่สำคัญในปัจจุบันนี้ ได้แก่ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (Public - Private Partnership : PPP) ซึ่งเป็นรูปแบบการดำเนินงานที่ภาครัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุน ในด้านโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะขนาดใหญ่ของรัฐ โดยที่ภาครัฐและเอกชนผู้ร่วมลงทุนจะเข้าทำสัญญาระหว่างกัน เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ภายใต้ข้อตกลงของคู่สัญญาและข้อบังคับแห่งกฎหมาย โดยจะเห็นได้ว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือดำเนินการอันเกี่ยวกับประโยชน์ในทางสาธารณะ อันเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง

ดังนั้น แนวความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง จึงมีความสำคัญในการเป็นรากฐานแห่งการพิจารณาลักษณะความเป็นสัญญา แนวคิดและนิติวิธีในการพิจารณาสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งแนวความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมีความแตกต่างกัน

¹นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2554). หน้า 226-227.

ในแต่ละระบบกฎหมาย กล่าวคือ ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ปรากฏข้อความคิดในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองโดยเรียกว่า “สัญญาภาครัฐ” (Public contracts)² ส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ปรากฏข้อความคิดในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งใช้คำว่า “สัญญาสาธารณะ” (public contract) “สัญญาของรัฐบาล” (Government contract) หรือ “สัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” (Contract in public action) โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีแนวความคิดในเรื่องการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนไม่เด่นชัดมากนัก ดังนั้น สัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงมีลักษณะเป็น “สัญญาธรรมดา” โดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงาน ซึ่งใช้อำนาจมหาชนหรือไม่ เพราะรัฐหรือหน่วยงานที่ใช้อำนาจมหาชนย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกัน³ กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ส่วนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ปรากฏข้อความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง” (Public contract) โดยแนวคิดในเรื่อง “สัญญาทางปกครอง” (verwaltungsrechtlicher Vertrag) เป็นผลจากแนวความคิดในเรื่องการแบ่งแยกสัญญา ในระบบกฎหมายมหาชนออกจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งในประเทศฝรั่งเศส เห็นว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นรัฐกับเอกชนมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจากฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนเอกชนนั้นมักจะกระทำเพื่อประโยชน์เฉพาะบุคคลจึงเป็นสิทธิที่ด้อยกว่า ซึ่งการยอมรับเช่นนี้ นำไปสู่การมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เช่น การแก้ไขสัญญาทางปกครองได้โดยฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น ส่วนในประเทศเยอรมัน การเข้าทำสัญญาทางปกครองของฝ่ายปกครองนั้น จะตกอยู่ภายใต้หลักในทางกฎหมายปกครอง และเนื่องจากสัญญาทางปกครองทำขึ้นเพื่อให้จุดมุ่งหมายในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผลโดยไม่ต้องใช้คำสั่ง ดังนั้น

²สิริวิษณุ ทิวะกุล, "สัญญาทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย," วารสารบัณฑิตศึกษา นิติศาสตร์ 11, no. 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2561), หน้า 594.

³วโรเจนต์ ภาศิริตัน, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, ed. 1 (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 283-284.

ฝ่ายปกครองจึงได้รับสิทธิพิเศษบางประการที่ไม่มีในระบบสัญญาของกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญา ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น⁴

ข้อความคิดที่แตกต่างกันของแต่ละระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อแนวความคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของแต่ละระบบกฎหมายเช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องมาจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่มีความสำคัญอย่างมากในทางเศรษฐกิจ ในการจัดทำบริการของรัฐในระยะยาว ซึ่งอาจเกิดสถานการณ์อันนำไปสู่การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระหว่างระยะเวลาของสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ให้การยอมรับอำนาจในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ภายใต้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไป สำหรับประเทศไทย ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น ได้รับอิทธิพลความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสเป็นสำคัญ ก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เพื่อเป็นกฎหมายสำคัญในการพิจารณาเรื่องการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยการศึกษาเน้นศึกษา การใช้อำนาจรัฐในการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ตามความใน มาตรา 50 (2) ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 50 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนิน โครงการหยุดชะงักลง จนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้ เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น

- (1) เข้าดำเนิน โครงการร่วมลงทุนหรือมอบให้ผู้อื่นเข้าดำเนิน โครงการร่วมลงทุนเป็นระยะเวลาชั่วคราว
- (2) แก้ไขสัญญาร่วมลงทุน
- (3) บอกเลิกสัญญาร่วมลงทุน

⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2565. แหล่งที่มา: <http://lawwebservice.com/lawsearch/AchamVorachet07.pdf>

⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิตินิติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565). หน้า 105.

ในกรณีที่เกิดเหตุจากการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้นำหน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

เมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 แล้วนั้น ปรากฏปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาที่จำต้องพิจารณาศึกษา ดังนี้

ประการแรก ปัญหาการไม่บทบัญญัติให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาตามแนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่า การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองประการแรกนั้น จำต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายใดกำหนดให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ หรือที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย”⁶ หากไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ จึงจะนำไปสู่พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งนี้ การไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน ให้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย จะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนของการพิจารณาสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาได้โดยง่าย โดยเฉพาะในส่วนของนักลงทุนต่างประเทศ ที่ย่อมต้องการความชัดเจนแห่งสภาพทางกฎหมายของสัญญาเป็นสำคัญ

ประการที่สอง ปัญหาความไม่ชัดเจนของขอบเขตการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีบทบัญญัติ ในเรื่องการแก้ไขสัญญาในสองส่วนด้วยกัน ส่วนที่หนึ่ง ปรากฏในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ และส่วนที่สอง ปรากฏในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามมาตรา 50 (2) ซึ่งนำไปสู่การศึกษาถึงความสอดคล้องและการพิจารณาความแตกต่าง ระหว่างการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในหมวด 4 ส่วนที่ 4 และการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในหมวด 5 โดยในการศึกษานี้มุ่งเน้นการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามมาตรา 50 (2) ซึ่งบัญญัติให้รัฐสามารถใช้อำนาจแก้ไขสัญญาได้เฉพาะในกรณี เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อความมั่นคงของประเทศ

⁶ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ, 2547). หน้า 72.

หรือเหตุอื่นทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักลงเท่านั้น และการแก้ไขสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) จะต้องเป็นกรณีซึ่งการดำเนินการตามสัญญาเดิมนั้นจะส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ จึงทำให้รัฐเกิดอำนาจในการแก้ไขสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้ โดยจะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายเรื่อง การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายอย่างกว้าง ซึ่งเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถตีความการใช้อำนาจอย่างมาก

ประการที่สาม ปัญหาเรื่องการขาดกระบวนการตรวจสอบร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2) กล่าวคือ มาตรา 50 (2) ไม่มีข้อความตอนใดที่แสดงถึงขั้นตอนกระบวนการตรวจร่างสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วไว้ ซึ่งแตกต่างกับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในหมวด 4 ตามมาตรา 46 ซึ่งได้กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับที่แก้ไขแล้วได้ จึงนำไปสู่ปัญหาที่ว่า การที่ภาครัฐใช้อำนาจแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2) ร่างสัญญาซึ่งแก้ไขแล้วนั้นจะได้รับการควบคุมตรวจสอบโดยการตรวจร่างสัญญาจากสำนักงานอัยการสูงสุดด้วยหรือไม่

ประการที่สี่ ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของควมมีผลของสัญญา ซึ่งได้แก้ไขตามความในมาตรา 50 (2) กล่าวคือ บทบัญญัติตามมาตรา 50 (2) ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาไว้ ดังนั้น จึงมีปัญหาทางกฎหมายให้ต้องวินิจฉัยว่าการแก้ไขสัญญาโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองตามความใน มาตรา (50) จะมีผลเมื่อใด ซึ่งส่งผลสำคัญต่อความรับผิดชอบของคู่สัญญาทั้งของภาครัฐและเอกชน

ทั้งนี้ ในการศึกษาปัญหาเรื่องการใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จะก่อให้เกิดประโยชน์ในการสร้างองค์ความรู้ภายใต้หลักการและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนเพื่อพิจารณาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นและนำไปสู่ การพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหาได้

1.2.วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาและการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครอง

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวคิดการแก้ไขสัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และในกฎหมายของประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 รวมทั้งข้อเสนอแนะ

1.3.ขอบเขตของการศึกษา

1.3.1 ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาและการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

1.3.2 ศึกษาแนวคิดการแก้ไขสัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และในกฎหมายของประเทศไทย

1.3.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 โดยอาศัยข้อความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส และศาลปกครองไทย คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญาทางปกครองและการแก้ไขสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

1.4. สมมติฐานของการศึกษา

หน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการที่จะดำเนินการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยพิจารณาถึงความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง และ การใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญา รัฐต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ฝ่ายเอกชนควบคู่กันไป

1.5.ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาและการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครอง

1.5.2 ทำให้ทราบถึงแนวคิดการแก้ไขสัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และในกฎหมายของประเทศไทย

1.5.3 ทำให้ทราบและสามารถวิเคราะห์สภาพปัญหาของการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ได้ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาแนวทางในการแก้ไขปัญหาและข้อเสนอแนะ



บทที่ 2

ข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและการแก้ไขสัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายต่างประเทศ

ข้อความคิดว่าด้วย สัญญาของรัฐ (Government Contracts) เป็นผลมาจากแนวคิดเรื่องการยอมรับความเป็นนิติบุคคลของรัฐ กล่าวคือ รัฐเป็นสถาบันในทางมหาชนที่ถูกสมมุติขึ้น ไม่มีชีวิตจิตใจในทางความเป็นจริง รัฐจึงไม่อาจแสดงเจตจำนงหรือใช้อำนาจอธิปไตยได้ด้วยตัวรัฐเอง การใช้อำนาจของรัฐจึงต้องกระทำผ่านองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามรัฐ ดังนั้น รัฐจึงถูกกำหนดให้มีสถานะทางกฎหมายเพื่ออธิบายความมีอยู่ในทางกฎหมาย (existence juridique) และความสามารถทางกฎหมาย (capicite juridique) ในการใช้อำนาจของรัฐ⁷

ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีความสามารถในการทำสัญญาประเภทต่างๆ และจำต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่รัฐเข้าเป็นคู่สัญญาซึ่งเกิดจากเจตจำนงของรัฐ และหากเกิดความรับผิดชอบตามสัญญาขึ้น รัฐก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อรัฐเข้าทำสัญญาจะเรียกสัญญานั้นว่า “สัญญาของรัฐ” ซึ่งมีความหมายอย่างกว้าง คือ เป็นสัญญาที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำขึ้นทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายมหาชน รวมทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า “สัญญาภาครัฐ” “สัญญาทางมหาชน” “สัญญาทางปกครอง” “สัญญาของฝ่ายปกครอง” มีความหมายที่แตกต่างกันในแต่ละสกุลกฎหมาย อันเนื่องมาจากรากฐานความคิดในเรื่องสัญญาที่แตกต่างกัน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือ PPP แล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญานี้เป็นสัญญาของฝ่ายรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งมีความสำคัญทั้งต่อภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนอย่างมาก เนื่องจากเป็นการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของภาครัฐ ซึ่งการร่วมลงทุนนี้จะช่วยให้ภาครัฐสามารถบริหารจัดการ

⁷ สิริวิชญ์ ทิวะกุล, "สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบ กฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559). หน้า 7.

ความเสี่ยงของการดำเนินงานในโครงการขนาดใหญ่ได้ดีขึ้น เพิ่มประสิทธิภาพของการดำเนินงาน ซึ่งต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของภาคเอกชน ตลอดจนลดข้อจำกัดด้านงบประมาณ และการก่อหนี้สาธารณะของภาครัฐลงได้ อันเป็นผลมาจากการที่ภาครัฐจะสามารถจัดสรรงบประมาณไปลงทุนได้ โดยไม่ต้องเป็นผู้ออกเงินค่าใช้จ่ายเงินจำนวนเงินมหาศาลในโครงการเอง ทั้งหมด ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินของประเทศได้ ส่วนในภาคเอกชน ก็ได้รับประโยชน์จากการเข้าร่วมโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในลักษณะการได้สิทธิพิเศษทางกฎหมายบางประการ เช่นการลดหย่อนทางภาษี มาตรการพิเศษที่ภาครัฐให้แก่เอกชน เป็นต้น อีกทั้งก็เป็นการเพิ่มโอกาสทางธุรกิจ ในโครงการขนาดใหญ่ และเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจในภาพรวม ทั้งการจ้างแรงงาน และทรัพยากรในการดำเนินงานในโครงการ รวมทั้งส่งผลดีต่อภาคประชาชน ในการทำให้ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะสามารถเข้าใช้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพตามความต้องการของประชาชนได้ในราคาที่เหมาะสม

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนส่วนใหญ่ จะจัดทำในรูปแบบของสัญญาในระยะยาว ซึ่งผูกพันคู่สัญญาทั้งภาครัฐและเอกชน โดยภาคเอกชนจะเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงด้านการลงทุนในการดำเนินโครงการบางส่วนหรือทั้งหมด และภาครัฐจะเป็นผู้จ่ายเงินงบประมาณเพื่อใช้ในการลงทุนบางส่วน หรือเป็นค่าจ้างบริหารแก่เอกชน (Unitary Payment) ดังนั้น ข้อตกลงในสัญญาร่วมลงทุนจึงมีความสำคัญอย่างมาก ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ทั้งนี้ โดยลักษณะของสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งเป็นการลงทุนในโครงการขนาดใหญ่และมีระยะยาว จึงเป็นการยากที่จะกำหนดข้อตกลงที่ครอบคลุมในทุกสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นได้ ในบางกรณีจึงต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระหว่างระยะเวลาของสัญญา จึงนำไปสู่การศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายต่างประเทศ อันจะเป็นฐานความคิดและแนวทางในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาของการวิจัยในบทต่อไป

อย่างไรก็ตาม การศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น จำต้องพิจารณาถึงนิยามของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังนี้

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ปัจจุบันยังไม่ชัดเจนใดบัญญัตินิยามไว้อย่างชัดเจน แต่ปรากฏนิยามของคณะกรรมการการยุโรป (European Commission : EC) ซึ่งได้ให้คำนิยามไว้ว่า การให้เอกชนดำเนินโครงการลงทุนที่ปกติแล้วจะดำเนินการโดยภาครัฐ⁸

กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) เสนอว่า PPP เป็นเรื่องของการตกลงให้ภาคเอกชนเป็นผู้จัดหาสินทรัพย์และส่งมอบบริการด้านโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) ซึ่งแต่เดิมรัฐบาลเคยเป็นผู้กระทำ นอกเหนือจากการที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการและจัดหาเงินทุนแล้ว PPP ยังมีลักษณะที่สำคัญอีก 2 ประการ อันได้แก่ การเน้นให้ภาคเอกชนเป็นทั้งผู้จัดหาและผู้ลงทุนในบริการสาธารณะ และการโอนความเสี่ยงที่สำคัญจากภาครัฐไปสู่ภาคเอกชน⁹

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development : OECD) ได้ให้คำจำกัดความของ PPP ไว้ว่า เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกับเอกชน ผู้ร่วมลงทุนหนึ่งราย หรือมากกว่าในการที่จะให้เอกชนนั้นๆ ส่งมอบบริการในลักษณะต่างตอบแทนให้แก่รัฐบาล โดยเอกชนจะได้รับผลกำไรจากการให้บริการ และรัฐบาลจะได้บรรลุเป้าประสงค์ของการส่งมอบบริการที่ได้ตั้งไว้¹⁰

Jeffrey Delmon ผู้เชี่ยวชาญโครงการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs ของธนาคารโลก (World Bank) ให้ความหมายของ PPPs ว่า การดำเนินการระหว่างรัฐและเอกชน ในการจัดทำบริการสาธารณูปโภคพื้นฐาน ซึ่งเป็นปัจจัยในการยกระดับการระดมเงินทุนผ่านวิธีการที่มีประสิทธิภาพ¹¹

⁸ เรียบเรียงและแปลโดย วิมล ชาติะมีนา , มยุร บุญยะรัตน์, การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน การรับประกันหนี้ของรัฐบาล และความเสี่ยงทางการคลัง, จัดทำโดย กองทุนการเงินระหว่างประเทศ Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk เชี ย น โด ย Richard Hemming and staff, International Monetary Fund, 2006 . หน้า 1.

⁹ สำนักงานประมาณของรัฐบาล สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานวิชาการสำนักงานประมาณของรัฐบาล ฉบับที่ 3/2559 : การวิเคราะห์การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน .หน้า 5.

¹⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานวิชาการสำนักงานประมาณของรัฐบาล ฉบับที่ 3/2559 : การวิเคราะห์การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน .หน้า 5.

¹¹ Jeffrey Delmon, Private Sector Investment in Infrastructure : Project Financ, PPP Projects and Risk, Second Edition, A Co-publication of The World Bank and Kluwer Law International, 2009, p.7

2.1 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในมุมมองกฎหมายระหว่างประเทศ สัญญาของฝ่ายปกครองแสดงให้เห็นถึงปรากฏการณ์โลกาภิวัตน์ทางกฎหมาย (phenomenon deglobalization du droit) ซึ่งแต่ละรัฐพยายามปรับตัวเข้าหากันมากขึ้นและมีลักษณะสากลมากขึ้น จนทำให้เกิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (Public contract) ที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้น อันเป็นการพยายามสร้างแนวทาง (Guidelines) เพื่อให้รัฐต่างๆ ได้ปฏิบัติไปในทางเดียวกัน¹²

2.1.1 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองในกฎหมายระหว่างประเทศ

1. สัญญาภาครัฐในกฎหมายสหภาพยุโรป

สัญญาภาครัฐ (Public contract) ในสหภาพยุโรป เป็นผลมาจากการที่สหภาพยุโรปพยายามสร้างกฎเกณฑ์กลางสำหรับการจัดหาภาครัฐ (Public Procurement) ที่สามารถปรับใช้กับรัฐสมาชิกในทุกระบบกฎหมายได้ ซึ่งความหมายสองนัยยะสำคัญ กล่าวคือนัยยะในความหมายอย่างกว้าง Public contract หมายถึง สัญญาทุกชนิดซึ่งทำโดยรัฐ และนัยยะในความหมายอย่างแคบ อันเป็นความหมายตาม EU Public Procurement Directive 2014/24/EU กล่าวคือ Public contract เป็น “สัญญาซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งทำเป็นหนังสือระหว่างผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจกับหน่วยงานฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา โดยมีจุดประสงค์ในการดำเนินกิจการโยธาสาธารณะ การจัดซื้อจัดหา หรือการจัดจ้างบริการ”¹³

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹² สิริวิชญ์ ทิวะกุล, "สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบ กฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย." (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 15-16

¹³ สิริวิชญ์ ทิวะกุล, "สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบ กฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย." (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 14

2.1.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในกฎหมายสหประชาชาติและสหภาพยุโรป

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ สหประชาชาติและสหภาพยุโรป จะปรากฏอยู่ในลักษณะ คำแนะนำหรือคู่มือทางกฎหมาย หรือข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติ ที่วางหลักเกณฑ์หรือกรอบทางกฎหมายให้กับรัฐสมาชิก โดยไม่ได้มีสภาพบังคับเด็ดขาดทางกฎหมาย ซึ่งพิจารณาได้จาก คำแนะนำของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในกฎหมายร่วมลงทุน ระหว่างภาครัฐและเอกชน (UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships) และข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) ดังนี้

2.1.2.1 คำแนะนำของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships)

คำแนะนำของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน หรือ UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships เป็นคำแนะนำหรือคู่มือทางกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์หรือกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือในการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เนื่องจากการจัดทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีความซับซ้อนและต้องการนโยบายระดับชาติที่รัดกุม อีกทั้ง ต้องมีกฎเกณฑ์ที่ช่วยในการดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนภาคเอกชน ในขณะที่เดียวกันก็ต้องประกันผลประโยชน์สาธารณะ และที่สำคัญคือเพื่อป้องกันมิให้เกิดการทุจริต และการจัดการงบประมาณที่ผิดพลาด ทั้งนี้ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชนที่มีความหลากหลายและมีขนาดใหญ่ เป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการด้านโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ โดยคู่มือทางกฎหมายฉบับนี้ จะช่วยในการระบุขอบเขตหรือกรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน รวมทั้ง แนะนำแนวทางการส่งเสริมการลงทุนทั้งจากนักลงทุนในประเทศและนักลงทุนต่างประเทศ ตามกฎหมายทรัพย์สิน , กฎหมายสัญญาทั่วไป (general contract law) , หลักกฎหมายสัญญาสาธารณะ

(rules on public contracts),กฎหมายภาษี (tax law) กฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตลอดจนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งตราขึ้นเพื่อการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยเฉพาะ

การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public Private Partnership, PPP) ถูกใช้ในความหมายของ การตกลงหรือข้อตกลงทางสัญญาหรือการร่วมลงทุนที่หลากหลาย ซึ่งภาครัฐและเอกชนร่วมมือกันเพื่อจุดประสงค์ร่วมกัน ซึ่งยังไม่มีนิยามทางกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล ที่จะครอบคลุมถึงรูปแบบที่เป็นไปได้ทั้งหมด¹⁴ โดยมีการวางกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในส่วนต่างๆ ดังนี้

หลักทั่วไปของกรอบกฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (General legal and institutional framework)

UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships มีขึ้นเพื่อให้เกิดการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศรัฐสมาชิก และเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศที่มีคุณภาพและยั่งยืนในระดับภูมิภาคและระดับนานาชาติ เพื่อสนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจและคุณภาพชีวิตของประชาชน ให้สามารถเข้าถึงบริการสาธารณะได้เหมาะสมและเท่าเทียมกัน โดยกรอบทางกฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นเครื่องมือในเชิงนโยบาย เพื่อใช้ในการวางกลยุทธ์ในการพัฒนาประเทศ โดยที่การบัญญัติกฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักธรรมาภิบาลตามหลักสากลตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ข้อ 5 วรรค 1 ซึ่งวางหลักว่ารัฐภาคีมีหน้าที่ในการพัฒนาและดำเนินการหรือรักษานโยบายต่อต้านการทุจริตที่ประสานกันอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งส่งเสริมการมีส่วนร่วมของสังคมและสะท้อนหลักการของหลักนิติธรรม

¹⁴ The term “Public Private Partnership” (PPP) is used in practice to refer to a wide variety of contractual arrangements or joint ventures through which the public and private sector cooperate towards a common purpose, and there is no internationally acknowledged legal definition covering all possible variants. : UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ,P.5

อย่างเหมาะสม การบริหารจัดการกิจการสาธารณะและทรัพย์สินสาธารณะ ต้องดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์ ความโปร่งใสและความรับผิดชอบ¹⁵

ในคู่มือฉบับนี้ได้มีการกำหนดเรื่องความโปร่งใสของการกำหนดกฎหมาย เรื่องการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ใน ข้อ (b) ย่อหน้าที่ 7¹⁶ โดยวางหลักเกณฑ์ว่า กรอบทางกฎหมายที่โปร่งใสจะต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและเข้าถึงได้ง่าย และมีขั้นตอนที่มีประสิทธิภาพสำหรับการเข้าร่วมลงทุน และทำให้ภาคเอกชนสามารถคาดการณ์ หรือ ประมาณต้นทุนและความเสี่ยงของการลงทุน เพื่อให้ภาคเอกชนสามารถเสนอเงื่อนไขที่ได้เปรียบที่สุด นอกจากนี้กฎระเบียบจะต้องส่งเสริมให้มีการเผยแพร่คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง รวมถึง การกำหนดให้ฝ่ายปกครองหรือรัฐ ต้องมีหน้าที่ในการระบุเหตุผลที่ออกคำสั่งและจะต้องเปิดเผย ข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะอย่างเหมาะสม เพื่อป้องกันการกระทำหรือการตัดสินใจ โดยพลการหรือไม่เหมาะสมของหน่วยงานที่ทำสัญญาหรือเจ้าหน้าที่ของหน่วย ซึ่งเป็น การช่วยส่งเสริมความเชื่อมั่นในโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักการทั่วไปให้ครอบคลุมเรื่องการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งมีความหลากหลายและแตกต่างกันในแต่ละโครงการและภาคส่วนนั้น อาจทำได้โดยยาก ดังนั้น ในหลายประเทศจึงมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนขึ้น ซึ่งจะช่วยให้ผู้ออกกฎหมายสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่สามารถคำนึงถึง

¹⁵ United Nations Convention against Corruption, article 5, paragraph 1

1. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, develop and implement or maintain effective, coordinated anticorruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability.

¹⁶ A transparent legal framework is characterized by clear and readily accessible rules and by efficient procedures for their application. Transparent rules and administrative procedures create predictability, enabling the private sector to estimate the costs and risks of an investment and thus to offer the most advantageous terms. Transparent rules and administrative procedures may also foster openness through provisions requiring the publication of administrative decisions, including, when appropriate, an obligation to state the grounds on which they are based and to disclose other information of public relevance. They also help to guard against arbitrary or improper actions or decisions by the contracting authority or its officials and thus help to promote confidence in a country's PPP programme

โครงสร้างตลาดที่แตกต่างกันในแต่ละภาคส่วนได้ โดยในการบัญญัติกฎหมายเฉพาะส่วนในเรื่องการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น ควรหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายที่มีความเข้มงวดหรือมีรายละเอียดมากเกินไปเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

การดำเนินการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน: กรอบกฎหมายและสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP implementation : legal framework and PPP contract)

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP contract) เป็นสัญญาซึ่งกำหนดขอบเขตและวัตถุประสงค์ของโครงการ ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ซึ่งแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการ โครงการและการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินงาน การส่งมอบงาน และการค่าตอบแทนตามสัญญา ซึ่งอาจเป็นเอกสารฉบับเดียวหรือข้อตกลงต่างๆ ซึ่งทำระหว่างหน่วยงานภาครัฐผู้มีอำนาจกับหุ้นส่วนภาคเอกชนผู้ได้รับเลือก โดยสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จะต้องหลีกเลี่ยงการทำเอกสารสัญญาที่ไม่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะ

ในส่วนของแนวทางในทางนิติบัญญัติ กฎหมายภายในของแต่ละประเทศมักมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP contract) และในบางประเทศกฎหมายเพียงอ้างถึงความจำเป็นในการตกลงระหว่างคู่สัญญาภาครัฐและภาคเอกชนในการทำสัญญา ในขณะที่กฎหมายบางประเทศอาจมีข้อกำหนดบังคับอย่างกว้างเกี่ยวกับเนื้อหาของข้อตกลงในสัญญา โดยไม่มีการบัญญัติรายละเอียดของสัญญาไว้ในบทกฎหมาย โดยส่วนใหญ่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะมีเพียงการกำหนดถึงภาระผูกพัน หรือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา เพื่อให้สามารถกำหนดความเสี่ยงของการเข้าร่วมงานได้ และเพื่อเป็นฐานให้หน่วยงานภาครัฐสามารถปฏิบัติงานในการทำสัญญาให้สอดคล้องกันได้

อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีการวางกฎเกณฑ์อันเป็นแนวทางในการพิจารณาการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในด้านต่างๆ ไว้ ดังนี้

การเปลี่ยนแปลงแก้ไขรูปแบบงานในระหว่างการดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน

ในระหว่างการดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน เป็นเรื่องปกติที่จะเกิดสถานการณ์ที่ทำให้จำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนต่างๆ ของงาน เช่น ขอบเขตของการก่อสร้าง ลักษณะของอุปกรณ์หรือวัสดุที่จะใช้ในงานหรือบริการ รวมถึงการเปลี่ยนแปลง

ในลักษณะของการก่อสร้างงานที่จำเป็นภายใต้เอกสารสัญญาเดิม การเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ในคู่มือนี้ เรียกว่า “variations” และโดยทั่วไป สัญญาจะมีการเปลี่ยนแปลงเพียงรูปแบบ การดำเนินการ แต่จะไม่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขสัญญา และจะต้องไม่รวมถึงการปรับอัตราภาษีหรือ การแก้ไขราคา เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงต้นทุน หรือจากความผันผวนของสกุลเงิน และไม่รวมถึง การแก้ไขเงื่อนไขการชำระเงินด้วย

ทั้งนี้ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ควรกำหนดสถานการณ์เฉพาะ ซึ่งผู้มีอำนาจในการทำสัญญาภาครัฐ อาจสั่งให้มีการเปลี่ยนแปลงที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนด การก่อสร้างและค่าตอบแทน ที่อาจเกิดขึ้นต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามความเหมาะสมเพื่อให้ ครอบคลุมค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและความล่าช้าที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการก่อสร้าง นอกจากนี้ สัญญาควรชี้แจงถึงขอบเขตหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งต้องดำเนินการ เปลี่ยนแปลง โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจคัดค้านการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปฏิบัติงานนั้นได้ หรือ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับภาระจากการเปลี่ยนแปลงนั้นเกินควร คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ ควรจะต้องได้รับการปลดภาระผูกพันบางประการเพื่อชดเชยความเสียหายจากการนั้น ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงนั้นอาจจะไม่จำเป็นต้องเกิดจากความต้องการของภาครัฐเป็นผู้เสนอ แต่อาจจะเกิด จากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแนะนำให้มีการเปลี่ยนแปลงเพื่อลดต้นทุนของวัสดุที่มีราคาถูกลง แต่มีประสิทธิภาพสูงขึ้นได้เช่นกัน¹⁷

การเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญา (Changes in conditions)

โดยทั่วไปแล้วสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือ PPP จะเป็นสัญญาระยะยาว ซึ่งในระหว่างที่สัญญามีผลใช้บังคับ อาจมีสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามสัญญา เปลี่ยนแปลงไป และสถานการณ์นั้นอาจส่งผลกระทบต่อเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญา PPP เช่น ข้อตกลงทางด้านภาษี หรือโดยข้อสันนิษฐานของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือการตกลง โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือโดยเงื่อนไขในความลับบางอย่าง อย่างไรก็ตาม เป็นไปไม่ได้เลย ที่จะกำหนดข้อตกลงในสัญญาให้ครอบคลุมกับทุกสถานการณ์ ดังนั้น คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกัน แก้ไขสัญญาได้ หากคู่สัญญายอมรับว่าสถานการณ์เช่นนั้นจำเป็นต้องมีการแก้ไขสัญญา

¹⁷UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ,P.164

โดยข้อตกลงของกลุ่มสัญญา แม้ว่าโดยหลักแล้วสัญญา PPP มักจะมีการกำหนดกลไกการปรับตัวใน ระยะยาวอยู่ด้วยก็ตาม¹⁸

การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน (Legislative and regulatory change)

การดำเนินการตามสัญญา PPP กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนอาจต้องเผชิญกับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมใน การปฏิบัติตามภาระหน้าที่ภายใต้สัญญา PPP เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงในอนาคตที่ คาดไม่ถึงทางด้านกฎหมายซึ่งออกมาโดยเฉพาะ และผลกระทบต่อภาระดำเนินงานหรือภาระทาง ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่สามารถถือได้ว่าเป็นความเสี่ยงตามปกติทางธุรกิจ และอาจเปลี่ยนแปลงสมมติฐานทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างมีนัยสำคัญตามการเจรจาสัญญา PPP ดังนั้นหน่วยงานที่ทำสัญญามักตกลงที่จะรับภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมอันเป็นผลมาจากการออกกฎหมายที่เฉพาะเจาะจงนั้น¹⁹

การเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ (Changes in economic conditions)

ในระบบกฎหมายบางระบบ มีกฎหมายที่อนุญาตให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญา PPP ตามการ เปลี่ยนแปลงของเงื่อนไขทางเศรษฐกิจหรือการเงิน ซึ่งต้องถึงขนาดว่าหากไม่มีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขนั้น จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นภาระผูกพันทางการเงินที่เป็น อันตรายต่อการปฏิบัติตามสัญญา PPP อย่างมากเมื่อเทียบกับสิ่งที่คาดการณ์ไว้ในขณะทำสัญญา โดยอาจจะอยู่ในนัยของสัญญาหรือระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และในบางประเทศ องค์กรศาลจะเป็นผู้สั่งให้ปรับเปลี่ยนสัญญาตามสภาพของเศรษฐกิจได้เช่นกัน²⁰

นอกจากการวางหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไว้ในกรณีข้างต้นแล้วนั้น UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships ยังวางหลักเกณฑ์ถึงเงื่อนไขอันนำไปสู่การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนไว้ตลอดจนการยอมรับถึงอำนาจ พิเศษของฝ่ายปกครอง ในการสั่งให้ระงับหรือหยุดงานตามสัญญานั้น เนื่องจากเหตุผล เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

¹⁸ UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ,P.182-183

¹⁹ UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ,P.183-184

²⁰ UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ,P.184

สถานการณ์ที่นำไปสู่การแก้ไขสัญญา (The circumstances leading to modification of the contract)

การพิจารณาทางการเงินและเศรษฐกิจของผู้ลงทุนภาคเอกชนนั้น จะใช้สมมติฐานตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจา และการคาดการณ์อย่างเป็นเหตุเป็นผลของการลงทุนในช่วงเวลาที่จะลงทุนทั้งหมด โดยพิจารณาถึงความเสี่ยงในการลงทุนตามที่คู่สัญญาสามารถคาดการณ์ได้ในขณะนั้น เช่น การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจโดยทั่วไป หรือการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม บางสถานการณ์ก็อาจจะเกิดเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดการณ์ขึ้นได้ ดังนั้น จึงอาจจะมีภาระบวไว้ในสัญญา PPP ที่แสดงถึงการปรับเปลี่ยนข้อสัญญา โดยจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า “การเปลี่ยนแปลงนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา และไม่อาจคาดการณ์ได้อย่างเป็นเหตุและผล” นอกจากนี้ อาจจะมีการระบุในสัญญา PPP ถึงจำนวนมูลค่าขั้นต่ำที่แน่นอนของการแก้ไขสัญญาตามสัดส่วนของต้นทุนของโครงการทั้งหมดไว้ เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กลไกการเปลี่ยนแปลงสัญญาในทางที่ผิด ซึ่งอาจจะต้องพิจารณาจาก “ระดับความเสี่ยงอย่างมาก” ในการกำหนดความเหมาะสม เช่น การต้องแบกรับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ที่รุนแรงเป็นพิเศษ²¹

อำนาจการตรวจสอบของหน่วยภาครัฐผู้มีอำนาจในการทำสัญญา

ในระบบกฎหมายบางระบบ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่ตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาก่อสร้างสาธารณะประโยชน์ มีอำนาจในการสั่งให้ระงับหรือหยุดงานตามสัญญานั้น เนื่องจากเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ อย่างไรก็ตาม เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ร่วมลงทุนภาคเอกชน จึงควรมีการจำกัดการแทรกแซงการสั่งให้ระงับหรือหยุดงานนั้น เพื่อไม่ให้เกิดการระงับหรือการหยุดงานตามสัญญานั้นมีระยะเวลาและขอบเขตเกินความจำเป็น โดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดขึ้นด้วย ประกอบกับควรมีกฎหมายซึ่งให้การจำกัดความเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่มีลักษณะเป็นเหตุผลของผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะเป็นเหตุให้รัฐมีอำนาจระงับหรือสั่งหยุดงานของภาคเอกชนในสัญญาได้ เช่น ปัญหาสิ่งแวดล้อมขนาดใหญ่ หรือ ปัญหาการที่ประชาชนในเขตพื้นที่ที่ก่อสร้างตามสัญญา PPP จะได้รับอันตรายจากการดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาต่อไป นอกจากนี้ยังอาจมีการตกลงเกี่ยวกับระยะเวลาสูงสุดของการระงับหรือหยุดงานตามสัญญา รวมทั้ง

²¹ UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships, Vienna, 2020 ,P.185-186

การจัดให้มีการรับประกันเพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการจ่ายค่าชดเชยหรือเพื่อชดเชยความสูญเสียที่เกิดจากการระงับโครงการและการฟื้นฟูคุณภาพทางเศรษฐกิจและการเงินของสัญญา PPP หลังจากยกเลิกการระงับตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง²²

กล่าวโดยสรุป คำแนะนำของคณะกรรมการสิทธิประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนไว้ในกรณีต่างๆ รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขอันนำไปสู่การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนไว้ โดยยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งให้ระงับหรือหยุดงานตามสัญญานั้นได้ แต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และควรมีอยู่อย่างจำกัด

2.1.2.2 ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts)

ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป (Directive EU) เป็นกฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) ที่กำหนดแนวปฏิบัติให้กับรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป EU ในการดำเนินการจัดทำกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับ Directive หรือรับเอา Directive เข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในรัฐภาคีสมาชิก และเป็นข้อกำหนดอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการใช้สัมปทานโดยภาครัฐ เพื่อการจัดซื้อจัดจ้างหรือบริการจากเอกชนของประเทศในกลุ่มยุโรป ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักการกว้างๆเท่านั้น ไม่มีอิทธิพลให้กฎหมายเกี่ยวกับแนวคิดด้วยสัญญาทางปกครองของรัฐสมาชิกเปลี่ยนแปลงไปในรูปแบบเดียวกันมากนัก และไม่มีบทกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้แต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปนั้น การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองตามแนวทางของสหภาพยุโรปนั้น จะต้องพิจารณาในกรณี ดังต่อไปนี้

1. การแก้ไขสัญญาจะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวม และไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในเป็นสาระสำคัญของสัญญาเดิม

²² UNITED NATIONS .UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ,P.166

2.กรณีที่มีการแก้ไขสัญญาซึ่งเป็นการเพิ่มราคาของสัญญา การเพิ่มราคาของสัญญาใหม่นั้นจะเพิ่มได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม

3.การแก้ไขสัญญานั้น จะต้องเนื่องมาจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้ หากเป็นเหตุที่คู่สัญญาสามารถคาดหมายได้ในขณะทำสัญญาแล้วว่าจะต้องเกิดหรืออาจจะเกิดขึ้นได้ ก็ไม่มีเหตุอันจะแก้ไขสัญญาฝ่ายปกครองได้ คู่สัญญาจะต้องรับซึ่งความเสี่ยงอันจะเกิดขึ้นจากเหตุที่สามารถคาดหมายได้นั้น

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

2.2.1 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ไม่มีการแบ่งแยกสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนกับสัญญาในระบบกฎหมายปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ ไม่ว่าฝ่ายปกครองหรือเอกชนก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกัน ซึ่งนักกฎหมายของอังกฤษ มีความเห็นว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐ ไม่อาจจะมีอำนาจเหนือหรืออภิสิทธิ์ที่มากกว่าเอกชนได้ ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองกระทำความผิดตามกฎหมาย ก็จำเป็นต้องรับผิดชอบและขึ้นศาลภายใต้กฎหมายเดียวกับเอกชน ซึ่งหมายรวมถึงการผิดสัญญาตามกฎหมายด้วย ดังนั้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการแยกระบบสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งแต่อย่างใด ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

แนวคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากการที่ ไดซี่ (Dicey) นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของอังกฤษ ซึ่งได้เปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไว้ในหนังสือชื่อ "Introduction to the Study of the Law of the Constitution" (ค.ศ.1885) โดยยกย่องหลักนิติธรรม (the Rule of Law) ของประเทศอังกฤษในเรื่องความเสมอภาคกันในกฎหมาย ซึ่งกล่าวว่า ชาวอังกฤษ โชคดีที่ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายปกครอง (droit administratifs) แบบประเทศฝรั่งเศส อันเป็นกฎหมายที่ให้อภิสิทธิ์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาลธรรมดา แต่อยู่ในอำนาจของศาลพิเศษ และใช้บังคับกฎหมายปกครอง ซึ่งคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐมากกว่า

กฎหมายธรรมดา²³ โดยแนวคิดของไคซีร์มีอิทธิพลอย่างมากต่อนักกฎหมายอังกฤษเป็นเวลาช้านาน²⁴

อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2497 ศาสตราจารย์แฮมสัน (Hamson) ได้กล่าวยกย่องระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยชี้ให้เห็นความเข้าใจผิดของไคซีร์ ทำให้นักกฎหมายอังกฤษตระหนักว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษไม่สามารถแก้ไขปัญหาทางปกครองได้ จึงเริ่มมีการสอนวิชากฎหมายปกครองในมหาวิทยาลัยมากขึ้น²⁵ แต่ถึงอย่างนั้นก็ยังคงไม่ได้มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองออกจากระบบสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจนในประเทศอังกฤษ ดังนั้น ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองและในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ ฝ่ายปกครองจึงมีฐานะเท่าเทียมกับเอกชน และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบสัญญาทางแพ่งเช่นเดียวกับเอกชน

สำหรับประเทศที่มีระบบกฎหมายสัญญาปกครองเฉพาะนั้น รัฐจะมีอำนาจพิจารณาบางประการที่แตกต่างไปจากความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างเอกชน เช่น การออกคำสั่งควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา การให้เปลี่ยนสาระสำคัญในสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในอังกฤษไม่ปรากฏหลักกฎหมายเช่นนั้น แต่มีการพัฒนาในอีกรูปแบบหนึ่ง คือ ในทางปฏิบัติ การออกคำสั่งควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา การให้เปลี่ยนสาระสำคัญในสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว การบังคับให้ปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็มีอยู่ในสัญญาของฝ่ายปกครองอังกฤษเช่นกัน แต่ลักษณะของการใช้อำนาจพิเศษในความสัมพันธ์ทางสัญญาปกครองของประเทศอังกฤษนั้น จะมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ควบคุมการใช้จ่ายเงิน เป็นองค์กรกลางในการควบคุมด้วยวิธีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาเพิ่มขึ้นให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับที่จะปฏิบัติตาม ในรูปแบบของ

²³ Wade (E.C.S) and Phillipps (G), *Constitutional and Administrative Law*, ed. 9 (The English Language Book Society, 1978).p. 86-87.

²⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, "กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ," วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2527).หน้า 2.

²⁵ ชาญชัย แสงวงศ์, สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563). หน้า 22.

“แบบของสัญญาที่ทางราชการจัดทำขึ้น”²⁶ ซึ่งมีขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ.2506 โดยมี Procurement Policy Committee ที่กระทรวงการคลังจัดตั้งขึ้นเป็น เป็นผู้กำหนดแบบฟอร์มและข้อความในสัญญาทางราชการ²⁷

ดังนั้น ในประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ สัญญาซึ่งจัดทำขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ จึงผูกพันอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทางแพ่ง ภายใต้ขอบเขตในเรื่องการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตามแนวคิดและหลักการทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1.หลักสัญญาทางแพ่ง

ก. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายในเรื่องสัญญา กล่าวคือ ในการทำสัญญาคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีอิสระที่จะเข้าทำสัญญา เพื่อกำหนดข้อตกลงผูกพันตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ ดังนั้นเพื่อความเข้าใจ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงขอกล่าวถึงแนวความคิดที่เป็นพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) นั่นคือ แนวคิดแบบเสรีนิยม

ในศตวรรษที่ 19 แนวคิดแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม (Laissez-Faire) มีอิทธิพลอย่างมากต่อการพัฒนาระบบกฎหมายสัญญา โดยสะท้อนให้เห็นจากการให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า คู่สัญญาคือผู้ที่ตัดสินใจได้ดีที่สุดในผลประโยชน์ของตนเอง คู่สัญญาควรมีอิสระในการเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่พวกเขาเลือกเอง ภายใต้สมมุติฐานที่ว่า ไม่มีผู้ใดที่จะตกลงหรือเลือกเงื่อนไขที่ตนเองจะเสียเปรียบ และศาลมีหน้าที่เพียงเป็นผู้ตัดสินว่า คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญานั้นหรือไม่ ไม่ใช่การตัดสินว่าการตกลงของคู่สัญญานั้น ยุติธรรมหรือไม่ กฎหมายเป็นเพียงกรอบที่มีขึ้นเพื่อให้คู่สัญญาทราบสิ่งที่ตนจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้ข้อตกลงของคู่สัญญามีผลผูกพัน โดยมุ่งเน้นให้ใช้กับคู่สัญญาซึ่งมีฐานะที่เท่าเทียมกัน ต่อมาช่วงปลายศตวรรษที่ 19 เกิดปัญหาว่า มิใช่คู่สัญญาทุกคนจะมีฐานะเท่าเทียมกันในการต่อรองสัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นได้จากสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้างและนายจ้าง ซึ่งนายจ้างมีฐานะทางเศรษฐกิจเหนือกว่าลูกจ้าง หรือ สัญญาผู้บริโภค ที่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้บริโภค

²⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ," วารสารกฎหมายปกครอง (6 เมษายน 2530). หน้า 5.

²⁷ C.Turpin, *Government Contracts* (1972). p. 99-107,207-210.

มีความรู้ในทางเทคนิคน้อยกว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ผลิต อันนำไปสู่การที่ผู้มีอำนาจต่อรองในสัญญามากกว่า มักจะกำหนดข้อตกลงในสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่า จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่ถูกเอาเปรียบจากการเข้าทำสัญญา ซึ่งตนมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาน้อย เนื่องจากความเสียเปรียบในฐานะทางเศรษฐกิจ²⁸

ข. หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หรือ *Pacta Sunt Servanda* เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ได้รับการพัฒนามาจากหลักกฎหมายโรมัน กล่าวคือ เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาต่อกัน และเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว สัญญาข้อมก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องมาจากการที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีเสรีภาพในการเข้าผูกพันตามสัญญาและกำหนดข้อสัญญาใดๆ ได้ด้วยเจตนาของตนเอง เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่เป็นการกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง ภายใต้ข้อสันนิษฐานที่ว่า คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันภายใต้สัญญา คู่สัญญาจะต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อตกลงซึ่งตนได้แสดงเจตนาไว้ ดังนั้น เจตนาของคู่สัญญาจึงเป็นเรื่องสำคัญในระบบกฎหมายสัญญาของกฎหมายเอกชน และเมื่อคู่สัญญาต่างตกลงยินยอมผูกพันภายใต้สัญญาโดยเจตนาของตนแล้ว ย่อมไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อตกลงนั้นฝ่ายเดียว โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาได้ ย่อมต้องรับผิดชอบในผลของการผิดข้อตกลงหรือผิดเงื่อนไขในสัญญานั้น เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กรณีสัญญานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ เป็นสัญญาซึ่งพ้นวิสัย แม้จะไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญา ก็ไม่ต้องรับผิดชอบจากการนั้น

ค. หลักสุจริต (Good Faith)

หลักสุจริต หรือ ในภาษาละตินเรียกว่า “*bona fides*” หรือที่แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “*good faith*” ซึ่งหมายถึง หลักแห่งมาตรฐานความซื่อสัตย์หรือความเชื่อมั่นศรัทธา

²⁸ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, ed. 5., p. 3-4.

อันบุคคลพึงมีแก่กันโดยชอบ²⁹ หลักสุจริตจึงมีลักษณะเป็นนามธรรมสูง ไม่สามารถกำหนดขอบเขตหรือนิยามของหลักสุจริตได้อย่างชัดเจน

หลักสุจริต ถูกมองว่าเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายทุกระบบ ทั้งระบบกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายปกครอง ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการนี้ปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายโรมันตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 2³⁰ และถูกนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในหลายประเทศ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องหลักสุจริตในสัญญา

ในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ไม่มีหลักสุจริต (good faith) ที่ศาลจะใช้เยียวยาให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาได้โดยตรง แต่ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์อื่นๆ เช่น หลักการตีความสัญญามาใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คดี เป็นต้น³¹ ดังนั้น ในประเทศอังกฤษ หลักสุจริตจึงไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป จะเห็นได้จากคำกล่าวของ Lord Ackner ในคดี Walford v. Miles [1992] ซึ่งได้แสดงให้เห็น ข้อความคิดที่ว่า การเจรจาของคู่สัญญาที่ต้องตั้งตนอยู่บนความสุจริตนั้น ในส่วนลึกแล้วเป็นปฏิบัติต่อบริษัทของคู่สัญญาที่ย่อมจะต่อรองกันเพื่อประโยชน์ของตัวเองเป็นสำคัญ และคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิที่จะรักษาประโยชน์ของตนอย่างเต็มภูมิ³²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย หลักสุจริต และเหตุเหนือความคาดหมาย ในการชำระหนี้ (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 12.

³⁰ พรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย, "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย," วารสารจตุนิติรัฐสภา.(พฤศจิกายน-ธันวาคม 2556). หน้า 43.

³¹ ฉัฐพงศ์ โปษกะบุตร, "หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ no. 3. (สิงหาคม 2012). หน้า 29.

³² กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย หลักสุจริต และเหตุเหนือความคาดหมาย ในการชำระหนี้ (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย. (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 55.

นอกจากนี้ศาลอังกฤษได้นำเอาหลักความยุติธรรม(Equity) มาใช้ในกรณีที่ไม่อนำเอา หลักคอมมอนลอว์มาใช้ได้ เพื่อส่งเสริมความยุติธรรมและมโนธรรมในการปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างกัน เช่น

1. ใช้หลัก Collateral Contract (สัญญาขั้นต้นเพื่อนำไปสู่สัญญาหลัก) เพื่อบังคับให้ผู้ให้คำสัญญาหรือถ้อยคำใดๆ เพื่อจูงใจให้ผู้รับคำสัญญาหรือถ้อยคำนั้นตกลงเข้าทำสัญญาหลักกับผู้ให้คำสัญญาหรือให้ถ้อยคำต้องผูกพันในสัญญาขั้นต้นนั้น แม้ไม่มีการทำสัญญาหลักก็ตาม เห็นได้จากคดี Brikom Investment Ltd. V. carr (1979), QB 467.

2. ใช้หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) เพื่อบังคับให้ผู้ให้คำสัญญาต้องผูกพันปฏิบัติตามคำสัญญา โดยอ้างว่าสัญญาที่ปราศจากค่าตอบแทน (consideration) บังคับกันไม่ได้ เมื่อมีผู้รับคำสัญญาได้คาดหมายว่าจะเกิดสัญญาระหว่างกันและได้มีการเปลี่ยนแปลงสถานะของตนอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะคาดหมายเช่นนั้น³³ เห็นได้จากคดี Central London Property Trust Ltd V. High Tree House Ltd. (1947)³⁴

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ก็มีกรยอมรับหลักสุจริตในสัญญาไว้ในฐานะหลักทั่วไป แม้ในช่วงแรกหลักสุจริตจะเป็นเพียงหลักที่ปรากฏใน Uniform Commercial Code โดยหลักสุจริตถูกปรับใช้กับ

³³ ฐิติพงษ์ โปษกะบุตร, "หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์."วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ no. 3. (สิงหาคม 2012) หน้า 30.

³⁴ คดี Central London Property Trust Ltd V. High Tree House Ltd. (1947) คดีนี้ จำเลยได้เช่าแฟลตหรือห้องชุดจากโจทก์ และต่อมาในปี พ.ศ.2483 เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ห้องเช่าของโจทก์ว่างลงจำนวนมาก เป็นเหตุให้โจทก์และจำเลยตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยลดค่าเช่าห้องชุดลงครึ่งหนึ่ง โดยไม่ได้กำหนดเวลาว่าจะลดค่าเช่าเป็นระยะเวลาานเท่าไร จำเลยจึงยังคงจ่ายค่าเช่าในอัตราใหม่เรื่อยมาจนกระทั่งในปี พ.ศ.2488 สงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง และมีผู้เช่าห้องชุดอื่นๆจนเต็มแล้ว โจทก์จึงฟ้องเรียกให้จำเลยชำระค่าเช่าห้องชุดในอัตราเต็มจำนวนตั้งแต่ปี พ.ศ.2488 เป็นต้นมา ซึ่งจำเลยโต้แย้งว่า ข้อตกลงลดค่าเช่าที่หนึ่งนั้นมีผลใช้บังคับตลอดอายุของสัญญาเช่า โจทก์จึงโต้แย้งว่า เมื่อสงครามจบลง หากให้ข้อตกลงลดค่าเช่ามีผลตลอดอายุสัญญา ย่อมทำให้โจทก์เสียเปรียบ โจทก์ควรได้รับค่าเช่าเต็มจำนวน และในคดีนี้ศาลจึงได้ตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเช่าเต็มตามจำนวนนับแต่สงครามโลกสิ้นสุดลง โดยศาลได้พิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายจากคดีที่ผ่าน มา คือ Hughes v. Metropolitan Ry. Co. (1877), Birmingham and District Land Co. v. London & North Western Ry. Co. (1888) โดยเฉพาะคดี Hughes v Metropolitan Railway Co (1877) 2 App Cas 439

สัญญาบางประเภทเท่านั้น แต่ต่อมาหลักสุจริต ก็ได้รับการพัฒนาและกลายเป็นหลักทั่วไป ในระบบสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาก็ใช้วิธีการตีความสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเช่นเดียวกับศาลอังกฤษ โดยพิจารณาให้ความเป็นธรรมให้เหมาะสมเป็นคดี ๆ ไป เช่น ใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน (Lack of mutual assent) หลักไม่มีการต่างตอบแทน (Lack of consideration) หรือมีข้อบกพร่องของการก่อให้เกิดสัญญา (Defect in the formation of contract) ฯลฯ ซึ่งต่อมาได้มีการรวบรวมเข้าไว้ใน Uniform commercial code มาตรา 2-302 เรื่องความไม่มียุติธรรม (Unconscionability)³⁵

2.2.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทย

ระบบการเข้าร่วมลงทุนของเอกชนในกิจการของรัฐในประเทศไทยอังกฤษได้รับอิทธิพลจากข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ซึ่งใช้บังคับกับกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป หรือ EU โดยประเทศไทยได้ออกกฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาหรือข้อบังคับ (Regulation) ขึ้นเพื่อปรับใช้กับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

กรอบกฎหมายเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของสหราชอาณาจักรอยู่ภายใต้กฎหมาย 2 ชุด กล่าวคือ ในอังกฤษ ไอร์แลนด์เหนือ และเวลส์ จะอยู่ภายใต้ ข้อกำหนดแห่งสหภาพยุโรป EU Directive 2004/18/EC ซึ่งถูกเปลี่ยนเป็น Public Contracts Regulations 2006, and 2004/17/EC as Utilities Contracts Regulations 2006 ส่วนในสกอตแลนด์ กฎหมายเดียวกันนี้กลายเป็น เป็น Public Contracts (Scotland) Regulations 2006 และ Utilities Contracts (Scotland) Regulations อย่างไรก็ตามไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุมการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะในสหราชอาณาจักรทั้งหมด เป็นเพียงการนำหลักการสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป (EU Treaty principles) มาปรับใช้

ต่อมาเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2014 สหภาพยุโรป ได้ตีพิมพ์กฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างใหม่ของสหภาพยุโรป (EU Procurement Directives) ซึ่งสหราชอาณาจักรได้นำกฎเกณฑ์ที่จัดทำขึ้นใหม่มาปรับใช้ เนื่องจากกฎเกณฑ์เหล่านี้มีความยืดหยุ่น และ เป็นกฎเกณฑ์ที่สามารถเข้าถึงได้

³⁵ ธีรพงศ์ โปษะบุตร, "หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์." วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ no. 3. (สิงหาคม 2012) หน้า 30.

มากขึ้นสำหรับธุรกิจขนาดเล็ก อีกทั้งเพื่อลดความซับซ้อนในการจัดซื้อสาธารณะ เพิ่มความโปร่งใสและลดต้นทุนการประมูล ทำให้ได้ผลลัพธ์ที่คุ้มค่ายิ่งขึ้น สำหรับทั้งภาครัฐ และภาคอุตสาหกรรมโดยรับเอา Directive 2014/24/EU ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ มาแทนที่ Directive 2004/18/EC สำหรับสัญญาภาครัฐ และรับเอา Directive 2014/25/EU ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยงานที่ดำเนินงานในภาคบริการน้ำ พลังงานการขนส่ง และ ไปรษณีย์ มาแทนที่ Directive 2004/17/EC สำหรับสัญญาสาธารณูปโภค รวมทั้ง การรับเอา Directive 2014/23/EU เกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานมาปรับใช้ในสหราชอาณาจักร³⁶ กลายเป็นกฎข้อบังคับที่ชื่อว่า Public Contracts Regulations 2015

2.2.2.1 การร่วมลงทุนระหว่างภาคและเอกชนในประเทศอังกฤษ

สหราชอาณาจักรเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในฐานะเป็นหนึ่งในผู้บุกเบิกโมเดล การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน หรือ PPP โดยในช่วงทศวรรษ 1980 รัฐบาลพรรคอนุรักษนิยมของนางมาร์กาเรต ฮิลดา แทตเชอร์ (Margaret Thatcher) ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการสาธารณะมากขึ้น เช่น โทรคมนาคม ก๊าซ ไฟฟ้า น้ำ และ ขยะ สนามบิน และทางรถไฟ³⁷ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาภาวะเศรษฐกิจตกต่ำที่เกิดขึ้นทั่วโลกในขณะนั้น

การบังคับใช้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการสาธารณะในประเทศอังกฤษ ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในอังกฤษ ภาครัฐต้องอาศัย การร่างสัญญาร่วมลงทุน ตามกรอบคู่มือที่คณะกรรมการหุ้นส่วนทวีภาคของสหราชอาณาจักร (Partnerships UK : PUK)³⁸ จัดทำให้กระทรวงการคลังของอังกฤษ แม้กรอบคู่มือนี้จะไม่มีสถานะทางกฎหมาย แต่ก็เป็นแนวปฏิบัติที่ภาครัฐใช้ในการจัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุน ทำให้สถานะของ

³⁶ Government Response to the Consultation on UK Transposition of new EU Procurement Directives : Public Contracts Regulations 2015, p.2.

³⁷ The UK is widely known as one of the pioneers of PPP model; Margaret Thatcher's governments in the 1980s embarked on an extensive privatisation programme of publicly owned utilities, including telecoms, gas, electricity, water and waste, airports and railways. ใน Robert H Edwards Jr, R. F. (2016). UNITED STATES. The Public-Private Partnership Law Review, p7.

³⁸ กุลศักดิ์ ช่วยชู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, ศรศักดิ์ ดันดีวรวิทย์, "การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ Public Private Partnerships (PPPs)," วารสารกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2 (2554).หน้า 26.

เนื้อหาในคู่มือฉบับนี้มีค่าบังคับในฐานะข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงร่วมกันในสัญญา ซึ่งคู่มือในการร่างสัญญาร่วมทุนฉบับมาตรฐานของอังกฤษนั้น คือ Standardisation of Private finance initiative contracts ซึ่งปัจจุบันคู่มือที่ใช้บังคับอยู่เป็นคู่มือสัญญาร่วมทุนมาตรฐาน ฉบับที่ 4 แล้ว โดยคู่มือฉบับนี้ได้ออกตาม Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปที่วางมาตรฐานในการเข้าร่วมลงทุนรูปแบบใหม่ และในคู่มือในการร่างสัญญาร่วมทุนฉบับมาตรฐานของอังกฤษ ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมทุนไว้ ซึ่งจะพิจารณาในหัวข้อถัดไป³⁹

2.2.2.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย

ก. การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทย

ประเทศไทยได้ชื่อว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาอย่างยาวนาน ทำให้ระบบกฎหมายของประเทศไทยมีลักษณะเฉพาะตัว กล่าวคือ ประเทศไทยไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) โดยหลักกฎหมายของประเทศไทย เกิดจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล มีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป และมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายทั่วไป แต่เดิมประเทศไทยมีแนวความคิดว่าบุคคลทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และขึ้นศาลเดียวกัน คือ ศาลยุติธรรม ดังนั้นในระบบกฎหมายของประเทศไทย จึงไม่มีการแบ่งแยกศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกัน แต่ถึงอย่างนั้นประเทศไทยก็มีหลักกฎหมายปกครองปรากฏอยู่ ทั้งจากแนวคำพิพากษาของศาล และโดยการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของแนวความคิดเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองและการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยนั้น อยู่ภายใต้แนวคิดที่ว่าทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาเดียวกัน ดังนั้นเมื่อรัฐเข้าทำสัญญา รัฐก็ต้องผูกพันตนภายใต้

³⁹ HM Treasury, *Standardisation of Private finance initiative contracts version 4*. (London : HM Treasury 2007), p.1. อ้างอิงใน กฤษณพงศ์ ชาญวิรังศ์, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคี (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553). หน้า 83.

กฎหมายว่าด้วยสัญญาในทางแพ่งเช่นเดียวกันกับเอกชน แต่ถึงอย่างนั้นก็ต้องยอมรับในขั้นต้นว่าการเข้าทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อสังคม ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งของกฎหมายปกครอง จึงทำให้ปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่ใช้บังคับกับบุคคลมหาชน โดยมีการกำหนดไว้ในแบบของสัญญาราชการให้มีข้อสัญญาหรือข้อตกลง ที่กำหนดให้ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขหรือบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว⁴⁰ การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษจึงอยู่ภายใต้ “หลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครอง” ดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) หลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีการแต่งตั้งคณะกรรมการ Procurement Policy Committee ในปี พ.ศ. 2506 โดยมีบทบาทในการพัฒนาหลักการว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง (principles of contracting) ตลอดจน การจัดซื้อจัดจ้างในทางปฏิบัติ (practices in procurement) รวมทั้งมีการกำหนดแบบฟอร์ม และข้อความสัญญาหลักของฝ่ายปกครอง อันเป็นการนำข้อความคิดของหลักการในสัญญาทางแพ่งมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง⁴¹ โดยจะต้องมีการระบุเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ อย่างชัดเจน ถึงสิทธิพิเศษของรัฐต่างๆ ไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาสามารถทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนที่จะต้องเข้าผูกพันตามสัญญา ภายใต้หลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครอง อันพิจารณาได้ดังนี้

(ก) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคที่สำคัญของหลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษนั้น ประกอบด้วย

1. สิทธิที่จะได้รับและรับรู้ข้อมูลข่าวสาร

สิทธิที่จะรับและได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะทำให้เอกชน ทุกคนได้รับความเสมอภาคในข้อมูลและข่าวสารในการจัดทำบริการสาธารณะของทางราชการ รวมทั้งทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบการทำงานและ

⁴⁰ ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ. หน้า 24.

⁴¹ พิชณ กัลันนุรักษ์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553).

การใช้งบประมาณของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยแบ่งเป็นการแจ้งข้อมูลเพื่อจัดหาเอกชน คู่สัญญา การแจ้งหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการจัดทำโครงการต่อเอกชน

2. สัญญามาตรฐาน (Model Contract terms and Conditions)

สัญญามาตรฐานของสัญญาฝ่ายปกครอง (Model Contract terms and Conditions) ถูกกำหนดโดยสำนักงานพาณิชย์ภาครัฐ (Office of Government Commerce)⁴² เป็นหลักการที่อยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค กล่าวคือ กรณีที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชน เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ รัฐจะเป็นผู้กำหนดสัญญามาตรฐาน โดยกำหนดสิทธิ หน้าที่ และเงื่อนไขต่างๆ ไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ ตลอดจนเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา แม้ข้อตกลงในสัญญาจะเป็นการกำหนดโดยรัฐฝ่ายเดียว แต่สัญญามาตรฐานนั้น ไม่ได้มีขึ้นเพื่อมุ่งเน้นการลดทอนสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และการใช้สัญญามาตรฐานนั้นจะเป็นหลักประกันพื้นฐานว่า เอกชนคู่สัญญาทุกรายจะได้รับความเป็นธรรมอย่างเสมอภาค ในการเข้าร่วมรับผิดชอบในการให้บริการสาธารณะกับภาครัฐ โดยผ่านข้อกำหนดในสัญญาอย่างชัดเจน ทำให้เกิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมตามข้อตกลงในสัญญา

(ข) หลักความต่อเนื่องของประโยชน์สาธารณะ

หลักความต่อเนื่องของประโยชน์สาธารณะ เป็นหลักการพื้นฐานอีกประการหนึ่งที่ปรากฏในสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ กล่าวคือ คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างต่อเนื่องจนกว่าจะสำเร็จผลตามสัญญา เว้นแต่มีการบอกเลิกสัญญาต่อกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะผูกพันตนให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่หยุดลงชั่วคราว หรือทำให้เกิดความล่าช้า เว้นแต่เป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้อีกต่อไป ทั้งนี้หากเอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา ย่อมจะต้องได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

⁴² สิริวิชญ์ ทิวะกุล, "สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบ กฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย." หน้า 13.

(ค) หลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียว

(Variations Clause)

หลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียว (Variations Clause) ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น ปรากฏอยู่ใน ข้อสัญญามาตรฐานของฝ่ายปกครอง ซึ่งกำหนดมาตรการในการบรรเทาหรือชดเชยความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่คู่สัญญาเอกชน ที่เกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือที่เรียกว่า การทบทวนมูลค่าตามสัญญา (Revision of Contract Price) โดยในการพิจารณาการชดเชยความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน นั้น จะต้องเป็นราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลทั้งต่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน และต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหาย⁴³

ทั้งนี้ หลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียว (Variations Clause) ของประเทศอังกฤษนั้น แม้จะมีหลักการในการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่สิทธิพิเศษนี้จะต้องปรากฏในข้อสัญญา โดยระบุให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษ เป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญา ซึ่งแตกต่างกับแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ แม้ไม่มีการระบุข้อตกลงไว้ในสัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หลักว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษนั้นอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานในสัญญาทางแพ่ง ในเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา และเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะผูกพันตามข้อสัญญาซึ่งตนได้แสดงเจตนาไว้ในสัญญา

(ง) หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (Break Clause)

หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (Break Clause) ในสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษนั้น ปรากฏในข้อตกลงอันเป็นสัญญามาตรฐาน ในเรื่อง “การเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวเพื่อความสะดวก” โดยในสัญญาของฝ่ายปกครองจะมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง จะได้รับค่าชดเชยในความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและสมเหตุสมผล แต่จะไม่ได้รับค่าชดเชย ในกรณีการขาดกำไรของเอกชน

⁴³ พิชญ กลั่นนุรักษ์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย." หน้า 58.

(จ) หลักการได้รับการแก้ไขเยียวยาอย่างเป็นธรรม (Ex Gratia Payment)

เอกชนคู่สัญญาซึ่งได้รับความเสียหายจากค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา ไม่ว่าจะเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะมาจากการกระทำของรัฐบาล หรือสภาพแวดล้อมอื่นๆ แม้ว่าฝ่ายปกครองนั้นจะไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายหรือตามสัญญาก็ตาม ฝ่ายปกครองก็จะพิจารณาชดเชยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นเงินช่วยเหลือพิเศษเป็นกรณีๆ ไป บนพื้นฐานของหลักความยุติธรรม (on the ground of equity)

(ฉ) หลักการเพื่อสังคม

หลักการเพื่อสังคม หรือการทำให้ประโยชน์สาธารณะ เป็นหลักในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งโดยทั่วไป หลักการนี้จะไม่ปรากฏในสัญญาที่เอกชนทำด้วยกัน กล่าวคือ ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองและเอกชน จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมที่จะได้รับ เช่น การกำหนดให้ใช้วัสดุจากสิ่งของในประเทศ หรือกำหนดข้อตกลงในสัญญาโดยคำนึงถึงนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ อยู่ภายใต้แนวคิดพื้นฐานในเรื่องสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเคารพเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ แต่เนื่องด้วยลักษณะพิเศษของสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่มุ่งเพื่อประโยชน์ของสังคม โดยส่วนรวม หรือประโยชน์สาธารณะ จึงจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีสิทธิพิเศษบางประการตามสัญญา เพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้สามารถบรรลุผลได้ นั่นคือ สิทธิของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งปรากฏในหลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครองตามข้างต้น โดยสิทธิพิเศษต่างๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องปรากฏในสัญญาอย่างชัดเจน จึงจะมีผลบังคับได้ และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย อันเกิดจากการใช้สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะต้องได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเป็นธรรมด้วย

ข. การแก้ไขสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนไว้ โดยเฉพาะ แต่จะเป็นการกำหนดแนวนโยบาย การวางกรอบของสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน⁴⁴ และมีการวางมาตรฐานการร่างสัญญาของโครงการร่วมลงทุนไว้ นั่นคือ

มาตรฐานการร่างสัญญาของโครงการร่วมลงทุน แบบ PFI ฉบับที่ 4 (Standardisation of Private finance initiative contracts : Version 4)

การทำสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษจะเป็นไปตามคู่มือมาตรฐานสัญญา ร่ว ม ลง ทุน แ บ บ PFI (Standardisation of Private finance initiative contracts : Version 4) ซึ่งปัจจุบันประกาศใช้ ฉบับที่ 4 โดยรายละเอียดของสัญญาตามคู่มือฉบับนี้ จะประกอบด้วย รายละเอียด เกี่ยวกับ ระยะเวลาของสัญญา การเริ่มบริการ เหตุแทรกแซง คำรับรอง การชำระราคา ข้อกำหนดการปฏิบัติงาน การบำรุงรักษา การเปลี่ยนแปลงบริการ การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย สัญญาจ้างช่วง และการสิ้นสุดสัญญา⁴⁵

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการแก้ไขสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษนั้น ยังสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาในระหว่างระยะเวลาทั่วไปตามสัญญา ไว้ ดังนี้ กรณีการแก้ไขสัญญาร่วมทุนในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา (Modification of contracts during their term)⁴⁶ ต าม บ ท บ ัญ ญ ติ ข อ ง The Public Contracts Regulations 2015 No. 102 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาในระหว่างระยะเวลาทั่วไปตามสัญญา ไว้ในข้อ 72 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า

⁴⁴ "PPP Laws/Concession Laws - United Kingdom," <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-laws-concession-laws-united-kingdom>.

⁴⁵ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, "การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ Public Private Partnerships (PPPs)." หน้า 28-29

⁴⁶ "The Public Contracts Regulations 2015," <https://hardwicke.co.uk/the-public-contracts-regulations-2015/>.

การปรับเปลี่ยนข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมจะไม่ทำให้เกิดกระบวนการจัดทำสัญญาใหม่ ซึ่งข้อตกลงนั้นจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมในกรณีดังต่อไปนี้⁴⁷

- (a) การเปลี่ยนแปลงในมูลค่าค่อนข้างน้อย⁴⁸
- (b) การมีสถานการณ์ที่ไม่คาดฝันเกิดขึ้น⁴⁹
- (c) งานบริการหรือวัสดุเพิ่มเติมที่จำเป็นและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงผู้รับเหมาได้ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือทางเทคนิค⁵⁰
- (d) มีการเปลี่ยนคู่สัญญาตามการปรับโครงสร้างองค์กร การล้มละลายหรือการควบรวมกิจการ และคู่สัญญารายใหม่ยังคงเป็นไปตามเกณฑ์การคัดเลือกเดิม (การยกเว้นนี้มีให้เฉพาะในกรณีที่ไม่มี การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอื่น ๆ ในสัญญา)⁵¹

ในกรณีข้างต้นนี้ ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ โดยไม่ต้องทำสัญญาขึ้นมาใหม่อีกฉบับ

อย่างไรก็ตาม หากการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ (substantial) ของสัญญา ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาแต่แรกนั้น จะทำให้เกิดกระบวนการจะซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมขึ้น⁵² ซึ่งจะถือเป็นการเกิดสัญญาขึ้นใหม่ และกรณีดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา

- (a) การปรับเปลี่ยนทำให้สัญญาหรือรอบข้อตกลงแตกต่างไปจากเดิมที่ตกลงไว้ในตอนแรก
- (b) การปรับเปลี่ยนนี้ทำให้เกิดเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

⁴⁷ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) .

⁴⁸ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (5) .

⁴⁹ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1)

⁵⁰ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) (b)

⁵¹ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) (d) (ii)

⁵² The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (8)

- (i) การอนุญาตให้รับเอกชนผู้สมัครอื่นเข้ามาเป็นคู่สัญญา นอกเหนือจาก
เอกชนคู่สัญญาที่ได้รับเลือกในตอนแรก
 - (ii) การอนุญาตให้มีการยอมรับการประกวดราคาอื่นนอกเหนือจากที่ยอมรับใน
ตอนแรก; หรือ
 - (iii) การดึงคู่เอกชนผู้เข้าร่วมสัญญาเพิ่มเติมในขั้นตอนการจัดซื้อ
- (c) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสมดุลทางเศรษฐกิจของสัญญาหรือกรอบข้อตกลง
เพื่อประโยชน์ของผู้รับเหมาในลักษณะที่ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาเริ่มต้นหรือข้อตกลงของกรอบงาน
- (d) การปรับเปลี่ยนขยายขอบเขตของสัญญาหรือกรอบข้อตกลงอย่างมาก
- (e) ผู้รับเหมารายใหม่เข้ามาแทนที่ผู้รับเหมาซึ่งผู้มีอำนาจในสัญญาได้ทำสัญญาใน
ขั้นต้น

จะเห็นได้ว่าหลักสำคัญของการแก้ไขสัญญานั้น จะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาใน
ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนขนาดเปลี่ยนแปลง โครงสร้างหลักหรือเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาโดยสิ้นเชิง
เพราะการเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นจะทำให้การแก้ไขข้อตกลงนั้น มีลักษณะเป็นการเกิดสัญญาขึ้น
ใหม่อีกฉบับหนึ่ง ไม่ใช่เป็นเพียงการแก้ไขสัญญาเดิม ซึ่งข้อสำคัญของหลักคิดนี้ก็เพื่อป้องกัน
ไม่ให้คู่สัญญาหลักเลี่ยงกระบวนการขั้นตอนของการเริ่มสัญญาที่เกิดขึ้น โดยชอบตามกฎหมาย
ซึ่งหากคู่สัญญาสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสาระสำคัญได้ ก็จะนำไปสู่การใช้อำนาจ
เปลี่ยนแปลงข้อสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมอีกต่อไป

2.2.3 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในเรื่องระบบของสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิด
ทางกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ แต่ก็มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวอยู่ด้วย เช่น กฎหมาย
ของบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติรับรองหลักเจตจำนงอิสระของ
คู่กรณีอย่างไร้ข้อจำกัดในสัญญาทางพาณิชย์ขนาดใหญ่ (มูลค่าไม่น้อยกว่า 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ)
ดังนั้น ข้อสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาทางพาณิชย์ขนาดใหญ่จึงสามารถใช้บังคับได้
แม้ว่าสัญญานั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผล (reasonable relation) กับมลรัฐนิวยอร์กเลย

อย่างไรก็ตาม ศาลจะไม่ยอมรับข้อสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจ ต่อรองที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง⁵³

2.2.3.1 กฎหมายร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในสหรัฐอเมริกา

ในปี พ.ศ.2558 การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้รับความสนใจเป็นอย่างมากในสหรัฐอเมริกา มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและกฎระเบียบที่สำคัญหลายประการ กิจกรรมทางเศรษฐกิจในการร่วมลงทุนระหว่างและเอกชนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และขยายพื้นที่ออกไปในวงกว้าง โดยเฉพาะการสนับสนุน โครงการเกี่ยวกับพลังงานสะอาดและเทคโนโลยีสะอาด ที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมเพิ่มมากขึ้น และมีแนวโน้มว่าจะได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นในอนาคตอันใกล้ ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกามีการออกกฎระเบียบหรือข้อกำหนดเพื่อใช้กิจการร่วมลงทุนเฉพาะต่างๆ ไว้หลายฉบับ เช่น การออกกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรโดยสารประจำทาง หรือ Omnibus Appropriations Act เป็นต้น⁵⁴

2.2.3.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกา

ก. การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) การกำหนดข้อตกลงว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาได้โดยรัฐฝ่ายเดียว (Unilateral Changes)

ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ระบบสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีลักษณะพิเศษบางประการ ที่แตกต่างจากระบบสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ กล่าวคือ สัญญาของสหพันธรัฐอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างบุคคลเอกชน แต่มีการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาได้โดยรัฐฝ่ายเดียว (Unilateral Changes) กล่าวคือประมวลกฎหมายของสหพันธรัฐ (Code of Federal Regulations) ได้กำหนดไว้ในกฎของสหพันธรัฐ

⁵³ นาดนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562). หน้า 369.

⁵⁴ R. F. Robert H Edwards Jr, "UNITED STATES," in *The Public-Private Partnership Law Review* (2016). p276.

ว่าด้วยการจัดซื้อ (Federal Acquisition Regulations) ⁵⁵ โดยระบุให้แบบของสัญญาจัดซื้อกำหนดให้คู่สัญญาของฝ่ายสหพันธรัฐสามารถแก้ไขสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว (Contract modification) และบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ (Termination for Default และ Termination for Convenience) นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีศาลพิเศษที่ชื่อว่า “United States Court of Federal Claims” ซึ่งเป็นศาลที่วินิจฉัยวางหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะอีกด้วย

การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาของฝ่ายปกครอง ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐคดี U.S v. Corliss Steam Engine Company, 91 US 321. (1875) กล่าวคือ คดีนี้เลขที่การกองทัพเรือ ได้เข้าทำสัญญาการก่อสร้างอาวุธยุทโธปกรณ์หรืออุปกรณ์เรือรบ และการจ้างเรือรบตลอดจนเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งกองทัพเรือของสหรัฐอเมริกา โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและคำสั่งของประธานาธิบดี ซึ่งมีการตกลงเรื่องค่าตอบแทนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้แล้วตามสัญญา ภายใต้อำนาจยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม สัญญาเกี่ยวกับการดำเนินการด้านอาวุธยุทโธปกรณ์ของกองทัพ จะต้องมีการปรับเปลี่ยนตามความคืบหน้าของงาน ซึ่งงานนั้นย่อมใช้ระยะเวลานานเพื่อดำเนินการตามสัญญา เป็นเหตุให้เลขที่การกองทัพเรือ สามารถแก้ไขและเพิ่มเติมสัญญาบางส่วนได้ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีซึ่งเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการบริการสาธารณะ ก็สามารถปรับเปลี่ยนหรือระงับสัญญานั้นได้ ภายใต้อำนาจที่จำเป็นต้องไม่มีการปกปิดหรือบิดเบือนความจริง หรือการถือ โกง ซึ่งผูกพันทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเมื่อมีการดำเนินการตามสัญญาแล้ว และได้ระงับสัญญาดังกล่าวแล้ว เลขที่การกองทัพเรือ จะต้องทำการตกลงค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาบางส่วนด้วย

ข.การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือ PPP จะถูกพิจารณาอย่างรอบด้าน เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการลงทุน ในขณะที่เดียวกัน ก็ต้องมั่นใจว่าบริการสาธารณะที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจะสามารถดำเนินการและส่งมอบได้อย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มค่า ดังนั้นในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมักจะมีการปรับระดับการชำระเงิน เพื่อให้มั่นใจว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการคุ้มครองไม่ต่ำกว่าอัตราขั้นต่ำที่สัญญากำหนด และเพื่อปกป้อง

⁵⁵ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ.หน้า 24.

ผลประโยชน์สาธารณะ โดยไม่ให้มีการชำระเงินเกินเพดานขั้นสูงตามที่สัญญากำหนด อีกทั้งเป็นการหลีกเลี่ยงการทำกำไรส่วนเกินหรือค่าตอบแทนให้กับฝ่ายเอกชนมากเกินไปเกินสมควร นอกจากนี้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนจำนวนมาก มีกลไกการแบ่งปันผลตอบแทนหรือรายได้จากการดำเนินโครงการ ทั้งนี้ ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มักมีข้อตกลงหรือการกำหนดให้มีการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาได้ สำหรับสถานการณ์ที่ไม่คาดฝัน เหตุสุดวิสัย การเปลี่ยนแปลงกฎหมายและเหตุการณ์อื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือการไตร่ตรองอย่างสมเหตุสมผลของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการทำสัญญาและผู้ร่วมลงทุนฝ่ายเอกชน นอกจากนี้ยังอาจรวมบทบัญญัติการปรับปรุงและอนุญาตให้หน่วยงานสาธารณะ สามารถร้องขอการเปลี่ยนแปลงขอบเขต หรือระยะเวลาของบริการ หรือ การปรับเปลี่ยนการออกแบบระบบที่จัดส่ง เมื่อสภาวะตลาดเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ทำให้สมมติฐานที่อยู่ภายใต้สัญญาเดิมไม่สามารถใช้งานได้จะเป็นประโยชน์ หากสัญญาร่วมลงทุนเองมีกลไกให้คู่สัญญาทำการแก้ไขสัญญาที่ยอมรับได้อย่างเป็นระเบียบ⁵⁶

2.3 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

2.3.1 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น คำว่า “public contract” อาจมีความหมายได้สองนัยยะ กล่าวคือ อาจตรงกับคำว่า “สัญญาในระบบกฎหมายมหาชน” (contrat de droit public) หรือคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (contrat de l’administration)⁵⁷ ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “สัญญาทางปกครอง” (Contrats administratifs) กล่าวคือ

“สัญญาของฝ่ายปกครอง” (contrat de l’administration) หมายถึง สัญญาใดๆก็ตามที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องข้องในการทำสัญญานั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ลักษณะแรกคือ “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน” (Contrats de droit privé de

⁵⁶ Robert H Edwards Jr, "UNITED STATES.",p 276.

⁵⁷ สิริวิษญ์ ทีวะกุล, "สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบ กฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย." หน้า 8.

l' Administration) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา และผูกพันตามสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกับเอกชน และสัญญาลักษณะที่สอง คือ สัญญาทางปกครอง” (Contrats administratifs) เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา แต่ผูกพันตามสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ นั่นคือ ระบบกฎหมายปกครอง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มีแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองที่สำคัญ อันได้แก่ ทฤษฎีสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส และทฤษฎีสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน ดังนี้

2.3.1.1 แนวคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ก.ความเป็นมาของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

หลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส เกิดจากความเปลี่ยนแปลงทางประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศส ตลอดจนวิวัฒนาการทฤษฎีทั่วไปของกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ ภายหลังจากปฏิวัติฝรั่งเศสในปี พ.ศ.2541 (ค.ศ.1789) ผู้ก่อการปฏิวัติได้ตรากฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาพิจารณาคดีปกครอง⁵⁸ จึงทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเข้ามาเป็นผู้พิจารณาคำร้องทุกข์ อันเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งทำให้เกิดแนวคิดในการแบ่งแยกศาลออกเป็นศาลยุติธรรมและศาลปกครองเช่นในปัจจุบัน

ในยุคเริ่มต้น สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจาก “ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับ” กับ “ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริการจัดการอย่างเอกชน” ซึ่งการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาเช่นเดียวกับเอกชน เนื่องจากเห็นว่า การทำสัญญานั้นไม่ใช่การกระทำซึ่งฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียว ดังนั้น ในเรื่องการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในขณะนั้นจึงใช้กฎหมายเอกชนบังคับ ในสถานะเช่นนั้นต้องถือว่า สัญญาเป็นสิ่งที่อยู่นอกขอบเขตของหลักกฎหมายปกครอง และ

⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์) (สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, 2556).หน้า 7.

โดยส่วนใหญ่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำในขณะนั้นจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะกำหนดการใช้อำนาจมหาชนให้ปรากฏในสัญญา⁵⁹

ต่อมาช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญกับแนวคิดเรื่อง “ทฤษฎีบริการสาธารณะ” ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส โดยพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดี Blanco อันเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญของทฤษฎีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสในปัจจุบัน

ข.ที่มาของหลักสัญญาทางปกครอง: ทฤษฎีบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ (Service Public) เป็นกิจกรรมของรัฐซึ่งรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนชนภายในรัฐหรือตอบสนองต่อความต้องการของสังคมส่วนรวม

ศาสตราจารย์คูร์ได้เสนอหลักเกณฑ์การพิจารณาว่ากิจการใดรัฐควรจะเข้าดำเนินการในลักษณะของบริการสาธารณะ โดยเห็นว่า กิจการใดก็ตามหากถูกหยุดดำเนินการแม้เพียงชั่วคราวก็จะทำให้เกิดความวุ่นวาย และก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม กิจการนั้นต้องได้รับการดำเนินการในรูปของบริการสาธารณะ⁶⁰

1.เกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะความเป็นบริการสาธารณะ

การพิจารณาลักษณะความเป็นบริการสาธารณะ สามารถพิจารณาได้โดยอาศัยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ คือ เกณฑ์การพิจารณาด้านองค์กร เกณฑ์การพิจารณาด้านวัตถุประสงค์ และเกณฑ์การพิจารณาด้านระบบพิเศษ

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 8.

⁶⁰L.Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, t.2, p.57 และ *Les transformations du droit public*, 1913. p51. อ้างใน บุญผา อัครพิมาน, "สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักการของกฎหมายฝรั่งเศสและของไทย," (2545). หน้า 9.

(ก) เกณฑ์การพิจารณาด้านองค์กร

การพิจารณาว่ากิจการใดเป็นบริการสาธารณะ จะพิจารณาจากองค์กรผู้หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นคือ องค์กรผู้หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะต้องเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งนิติบุคคลมหาชนตามกฎหมายฝรั่งเศส แบ่งได้ดังนี้

(1) รัฐ (l'Etat) เป็น ผู้มีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยบริการสาธารณะหลักที่รัฐจะต้องจัดทำ ที่เรียกว่า “บริการสาธารณะระดับชาติ” สามารถแบ่งออกเป็นได้ 7 ประเภท คือ บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงและปลอดภัยของสังคม ,บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงและปลอดภัยของประเทศ ,ด้านบริการสาธารณะด้านยุติธรรม ,บริการสาธารณะด้านการศึกษาของชาติ , บริการสาธารณะด้านสังคม , บริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม และบริการสาธารณะด้านการท่องเที่ยว⁶¹

(2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (une collectivité locale) ของประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ เขตปกครองเทศบาล (communes) เขตปกครองจังหวัด (départements) เขตปกครองภาค (régions) องค์กรปกครองที่ตั้งขึ้น โดยเฉพาะ (collectivités à statut particulier) องค์กรปกครองดินแดนโพ้นทะเล⁶²

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น ซึ่งมี 2 ประเภท กล่าวคือประเภทแรก คือ การจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่รัฐได้มอบหมายให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำในท้องถิ่นนั้นๆ และประเภทที่สอง คือ บริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะ⁶³

(3) องค์กรมหาชน (établissements publics: EP) เป็นนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน (personne morale de droit public) ที่ได้รับเงินอุดหนุน จากเงินทุนของรัฐ

⁶¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, ed. 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 117.

⁶² นิรัชรา พงศ์อาจารย์, "ทิศทางการสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย" วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน กรกฎาคม - ธันวาคม 2562, no. 2 (12), หน้า 131.

⁶³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. 117.

โดยให้มีหน้าที่ดำเนินงานที่เป็นการรักษาประโยชน์ส่วนรวม ในการจัดการด้านบริการสาธารณะ (chargée de la gestion d'un service public)⁶⁴

(4) เอกชนที่ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจในการจัดทำกิจกรรมบริการสาธารณะ และอยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลในกฎหมายมหาชน เนื่องจากในระยะหลังบริการสาธารณะมีมากขึ้น การจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรบุคคลหรือเงินลงทุนจำนวนมาก ตลอดจนเทคโนโลยี หรือความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ อาจจะมีข้อจำกัดในหลายๆด้าน การมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางที่ช่วยให้การจัดทำบริการสาธารณะ สามารถมีขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเพียงพอต่อความต้องการของสังคมมากยิ่งขึ้น

การมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในฝรั่งเศสนั้น สามารถทำได้ด้วยวิธีการ ดังนี้ การมอบอำนาจฝ่ายเดียว(une habilitation unilatérale) หรือการออกกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ(loi) หรือการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร (un acte réglementaire) หรือการมอบอำนาจตามสัญญา ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน (une délégation contractuelle)⁶⁵

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน จะถือเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะทางอ้อม ซึ่งส่วนใหญ่บริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำนั้น จะอยู่ในรูปบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม

(ข) เกณฑ์การพิจารณาด้านวัตถุประสงค์

การบริการสาธารณะจะต้องจัดทำและดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์หรือมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ โดยพิจารณาจาก “เป้าหมายสุดท้าย” หรือ “ผลสุดท้าย” ของการดำเนินการนั้น ต้องมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ผลสุดท้ายของการจัดสวัสดิการสังคมนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสังคม ดังนั้น สวัสดิการสังคมจึงเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง

⁶⁴ นิรัชรา พงศ์อาจารย์, "ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย". หน้า 131.

⁶⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 108.

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย และความต้องการโดยรวมของคนในรัฐเป็นสิ่งสำคัญ ตัวอย่างเช่น

ในยุคแรก บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่จำกัดเฉพาะเรื่อง เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ เป็นเรื่องที่ต้องใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินการและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม โดยไม่ครอบคลุมถึงการดำเนินการในทางเศรษฐกิจ อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น กรณีสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธคดีเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจของเทศบาลที่เกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ว่าไม่ถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และไม่ใช่ว่าการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดการผูกขาดและขัดต่อเสรีภาพของปัจเจกชนในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

ต่อมาสภาแห่งรัฐได้ให้เหตุผลว่า การจัดทำบริการของท้องถิ่นในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จะมีลักษณะของบริการสาธารณะ(เพราะถือว่าเป็นการจัดทำประโยชน์สาธารณะ) ในกรณีที่เป็นไปได้ยากหรือไม่มีความเป็นไปได้ที่เอกชนจะจัดทำบริการดังกล่าวได้ ทั้งในด้านปริมาณและคุณภาพ และไม่มีวิธีอื่นใดอีกที่จะตอบสนองความต้องการนี้ของประชาชน

ทั้งนี้ หากกิจกรรมหรือการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น มิได้จัดจำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ กิจกรรมหรือการดำเนินการนั้นก็ย่อมไม่เป็นการบริการสาธารณะ เช่น การออกสลากกินแบ่ง เป็นต้น⁶⁶

(ค) เกณฑ์การพิจารณาระบบพิเศษ

การบริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ กฎเกณฑ์ในการดำเนินการจึงแตกต่างกับกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับเอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้บริการสาธารณะนั้นสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง รวดเร็ว และเพียงพอต่อความต้องการของคนในสังคม จึงทำให้การบริการสาธารณะนั้นอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ คือ ฝ่ายปกครองสามารถมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์บางประการเหนือกว่าเอกชนได้ เช่น การให้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง สิทธิในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง (droit de direction) เป็นต้น

⁶⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 108.

2. หลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ ที่เรียกว่า “กฎหมายของบริการสาธารณะ (lois du service public) หรือ กฎหมายของ Rolland (lois de Rolland)” ตามชื่อของผู้วางหลักเกณฑ์⁶⁷ โดยแบ่งออกเป็น 3 หลัก คือ หลักความต่อเนื่อง (Principes de continuité) หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ (principe d’adaptation) และหลักความเสมอภาค (principe d’égalité)⁶⁸

(ก) หลักความต่อเนื่อง (Principes de continuité)

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นหลักการที่แสดงให้เห็นว่าการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องไม่หยุดชะงักจนทำให้เกิดผลเสียขึ้นต่อประชาชน หรือ สังคมส่วนรวม และเป็น หลักที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (valeur constitutionnelle) ดังที่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยไว้ในคดี Droit de grève à la télévision⁶⁹

ผลที่สำคัญจากหลักนี้ คือ องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จะไม่ทำบริการสาธารณะหรือหยุดทำบริการสาธารณะหรือทำบริการสาธารณะไม่ได้ มิฉะนั้น องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น⁷⁰ รวมถึงในกรณีสัญญาทางปกครอง ที่มีขึ้นเพื่อจัดทำหรือดำเนินการในการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ในทางสาธารณะ จะต้องผูกพันตามหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ กล่าวคือ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะอ้างสิทธิในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ เอกชนผู้เป็นคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป เพื่อไม่ให้เกิดการหยุดชะงักของการจัดทำบริการสาธารณะ ตามหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้ต้องเสียหายจากการนั้น ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองได้ ทั้งนี้ แม้กฎหมายมหาชนจะมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

⁶⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 111.

⁶⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, หน้า 85.

⁶⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 113.

⁷⁰ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2523), หน้า 81-86.

แต่การใช้อำนาจทางมหาชนก็จะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของเอกชนประกอบด้วย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจใช้สิทธิอันจะส่งผลกระทบต่อเอกชนเกินควรได้

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principes de la continuité de service public) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe généraux du droit) และเป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ โดยหลักการสำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Continuité du service public de la radio-télévision กล่าวคือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ ในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักในการดำเนินการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชน องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ⁷¹

(ข) หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะได้ (principe d'adaptation)

เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา บริการสาธารณะที่มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมส่วนรวม จึงไม่อาจที่จะหยุดอยู่กับที่ได้ ดังนั้น บริการสาธารณะที่ดีจึงต้องสามารถปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อความต้องการของคนในสังคมได้อยู่เสมอ

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ จึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ของการจัดทำบริการสาธารณะโดยที่หลักการนี้ ปรากฏในแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองด้วย กล่าวคือ

ในสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้ในการตกลงทำสัญญาจะไม่ได้มีการกำหนดข้อตกลงให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง(modifications)สัญญาได้ฝ่ายเดียว แต่หากข้อตกลงหรือกิจกรรมที่กำหนดในสัญญาไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะได้อีกต่อไป ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว ทั้งนี้ ต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้บริการสาธารณะนั้นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้

⁷¹Gilles J.GUGLIELMI, Introduction au droit des services publics, L.G.D.J.,Paris.1994 p.47. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550).หน้า 47.

แม้ฝ่ายเอกชนจะไม่ยินยอมในการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาก็ตาม จึงเห็นได้ว่า หลักการนี้แตกต่างจากหลักสัญญาทางแพ่งที่คำนึงถึงความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

(ค) หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ (principe d'égalité)

การจัดทำบริการสาธารณะไม่ได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่มีจุดมุ่งหมายเพื่อประชาชนโดยรวม ประชาชนจึงมีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม จะเลือกปฏิบัติไม่ได้ รวมทั้งความเสมอภาคในด้านราคาค่าบริการ⁷² การบริการสาธารณะและองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะ ต้องทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะได้หลายช่องทางและง่ายต่อการรับบริการไม่สลับซับซ้อน⁷³ หลักการนี้เป็นผลมาจากหลักว่าด้วยความเสมอภาคต่อกฎหมาย ที่ปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ในคดี Société des concerts du Conservatoire ในปี พ.ศ. 2494 ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลผู้เข้าใช้บริการสาธารณะเดียวกันย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน”⁷⁴

ค.ผลจากทฤษฎีบริการสาธารณะต่อฝ่ายปกครอง: เอกสิทธิ์และหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และเป็นสัญญาที่อยู่บนหลักของการแสดงเจตนาที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน ฝ่ายปกครองจึงมีเอกสิทธิ์พิเศษบางประการเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในขณะที่เดียวกันคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่มากกว่าคู่สัญญาเอกชนด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อทดแทนสิทธิที่เอกชนต้องเสียไป ซึ่งต่างจากหลักในเรื่องสัญญาทางแพ่ง

ในประเทศฝรั่งเศส ยึดถือหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญที่ว่า “ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ถึงแม้ว่าประโยชน์ดังกล่าวจะขัดกับข้อความชัดเจนแห่งสัญญา ทฤษฎีนี้เป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายและไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี...”⁷⁵ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะ

⁷³ อำนวย บุญรัตน์ไมตรี, "แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่น," วารสารการเมืองการปกครอง 6, no. 1 (2559).

⁷⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 112.

⁷⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 86

จึงเป็นฐานแห่งอำนาจที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐและฝ่ายปกครองสำเร็จลุล่วงได้ตามเป้าประสงค์

1. เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

(ก) กรณีคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ผิดสัญญา

กรณีคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ผิดสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะอ้างหลักกฎหมายแพ่งในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาไม่ได้ เนื่องจาก สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ จึงอยู่ภายใต้ “หลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ” กล่าวคือ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจนแล้วเสร็จ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดการจัดทำบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง อันจะส่งผลกระทบต่อประชาชนและสังคม ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ต้องเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง กรณีคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ผิดสัญญา ย่อมต้องได้รับค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการนั้น แต่หากถึงขนาดเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่เอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องไปฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเลิกสัญญา โดยไม่สามารถขอเลิกสัญญาได้เองโดยฝ่ายเดียว ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งในหลักทั่วด้วยสัญญาต่างตอบแทน⁷⁶

(ข) กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ผิดสัญญา

กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ผิดสัญญา จะให้ทำคู่สัญญาฝ่ายรัฐเกิด “เอกสิทธิ์การบังคับฝ่ายเดียวไปก่อนโดยไม่ต้องไปศาล” กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เอง หลังจากที่ได้มีการเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาแล้ว โดยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องฟ้องศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้ตามสัญญา เป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งมุ่งบังคับและเยียวยาไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหากเอกชนคู่สัญญาเห็นว่ามาตรการบังคับของฝ่ายปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยในเรื่องการได้รับค่าชดเชยความเสียหายอย่างเหมาะสมได้⁷⁷

⁷⁶ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 95-96.

⁷⁷ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 96-97

(ค) กรณีไม่มีผู้ผิดสัญญา

ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษในการกำกับดูแล การปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ รวมถึงการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานให้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องถือปฏิบัติตามได้ด้วย เช่น กรณีสัญญาก่อสร้างสะพาน หากพิจารณา ตามหลักว่าด้วยสัญญาทางแพ่ง จะเห็นได้ว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมุ่งเน้นผลสำเร็จของงาน เป็นสำคัญ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีอำนาจเข้าไปกำกับหรือควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของ คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ องค์กรก็ตาม หากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการก่อสร้าง สะพานเพื่อประโยชน์สาธารณะ จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเข้าไปกำกับและ ควบคุม ตลอดจนการกำหนดแนวทางให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่น การเข้าไป ตรวจสอบการดำเนินงาน การกำหนดคุณสมบัติของวัสดุในการทำงาน เป็นต้น

จึงเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งจะอยู่ภายใต้หลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญามุ่งเน้นประโยชน์ส่วนตน และคู่สัญญาจะต้องผูกพันกันตามข้อสัญญาที่ตกลงกันอย่างเคร่งครัด การแก้ไขสัญญาต้องเป็นไป โดยการตกลงกันของคู่สัญญา หรือโดยกฎหมาย คู่สัญญาจะแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทุกฝ่ายไม่ได้ และการเลิกสัญญานั้นจะมีขึ้นได้แต่โดยผลของกฎหมาย หรือการตกลงกันเลิกสัญญา ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อการจัดทำ บริการสาธารณะไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม เป็นสัญญาที่มุ่งถึงประโยชน์ของส่วนรวมมาก ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนเฉพาะราย ทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษประการสำคัญ เช่น การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญา หรือเลิกยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว แม้ไม่มีข้อตกลงนั้น ในสัญญา และแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ให้ความยินยอม หรือแม้กระทั่งไม่มีผู้ผิดสัญญาขึ้น ก็ตาม ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

2. หน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาในเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางปกครอง เห็นได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อาจจะต้องรับภาระที่เพิ่มขึ้นหรืออาจต้องเสียหายจากการใช้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของรัฐ องค์กรก็ตาม แม้ว่าการใช้เอกสิทธิ์นั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่อาจนำมาซึ่ง ความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากจะบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเสียหายโดยไม่ได้ รับการทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงเป็นเหตุที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่พิเศษเพิ่มขึ้นจาก

ข้อตกลงในสัญญาเพื่อเป็น “การชดเชย” ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางปกครอง ตามหลัก “หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง”

ก.หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง

แนวคิดเรื่องหลักว่าด้วยดุลยภาพทางการเงิน (equation financière) ในสัญญาทางปกครอง กล่าวถึง การจ่ายเงินตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น จะต้องปรับเปลี่ยนสอดคล้องกับภาระหน้าที่ตามความเป็นจริง ซึ่งอาจจะเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ แทนที่จะเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาอย่างเคร่งครัด⁷⁸ เป็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองที่มีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง โดยหลักการนี้มีทฤษฎีที่สำคัญ 3 ทฤษฎี ดังนี้⁷⁹

(1) ทฤษฎีซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

การที่ฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้น สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้วางหลักว่า ฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการใช้เอกสิทธิ์นั้น⁸⁰

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่า หลักการหรือทฤษฎีนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย ดังนั้นในหนังสือกฎหมายบางส่วนจึงนำทฤษฎีนี้ไปรวมกับทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชายด้วย⁸¹

⁷⁸ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 98-103.

⁷⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 93

⁸⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 93

⁸¹ โปรตดู A.de Laubadère, Traité de droit administrative .p.381. อ้างอิงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 93 และ โปรตดู สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 100.

(2) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย⁸²

ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือการกระทำของเจ้าชาย (fait du prince) เป็นกรณีที่ “คู่สัญญาฝ่ายปกครอง” ใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง(อำนาจของเจ้าชาย) ก่อให้เกิดความเสียหายหรือภาระในสัญญาที่เพิ่มมากขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนสำหรับความเสียหายซึ่งเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงกับคู่สัญญา

ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย จะใช้ในกรณี ดังนี้

2.1 กรณีที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้สัญญาใช้มาตรการอื่นที่ไม่เกี่ยวกับสัญญา เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย และเป็น “มาตรการเฉพาะราย” ที่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่หนักขึ้นหรือค่าใช้จ่ายมากขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญาโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทานเหมืองแร่ระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ดำเนินการขออนุญาตเพื่อจะเข้าไปสำรวจแร่แล้ว แต่รัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาได้ออกคำสั่งไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าไปในพื้นที่สัมปทาน แม้คำสั่งนั้นจะไม่เกี่ยวข้องกับสัญญา แต่คำสั่งนั้นเกิดขึ้นจากฝ่ายรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญา และคำสั่งนั้นก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น รัฐจะต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งนั้นให้แก่เอกชน

2.2 กรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้ “มาตรการทั่วไป” และมาตรการนั้นส่งผลกระทบโดยตรงต่อสาระสำคัญอย่างใดอย่างหนึ่งของการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระหน้าที่หนักขึ้นหรือมีค่าใช้จ่ายมากขึ้น เช่น การเก็บภาษีที่แพงขึ้นมากจากมาตรการทั่วไปของวัสดุหรือสิ่งที่จะต้องนำมาใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มาตรการทั่วไปนั้นมีผลใช้บังคับ แต่ไม่ได้กระทบต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา แม้ว่ามาตรการนั้นจะทำให้คู่สัญญาเอกชนได้รับความเสียหายหรือรับภาระเพิ่มขึ้น คู่สัญญาฝ่ายปกครอง

⁸² หนังสือบางเล่มใช้คำว่า “การกระทำของอำนาจสาธารณะ” โปรดดู สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 100

ก็ไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนให้คู่สัญญา เนื่องจากมาตรการทั่วไปของฝ่ายปกครองย่อมกระทบแก่บุคคลทุกคนโดยเสมอภาค⁸³

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ความเสียหายหรือภาระที่เพิ่มขึ้นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เกิดจากมาตรการที่มาจากฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครองคู่สัญญา และมาตรการนั้นทำให้เอกชนตามสัญญาทางปกครองต้องรับภาระหนักขึ้น หากเป็นกรณีนี้ เราจะปรับใช้ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้แทน เช่น สัญญาระหว่างเอกชนและหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งต่อมา รัฐได้ออกกฎหมายหรือออกคำสั่งเฉพาะเรื่องมาเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักขึ้นในสัญญาที่ตนทำกับหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น กรณีเช่นนี้จะไม่บังคับใช้ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย แต่จะใช้ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้แทน

(3) ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้

ทฤษฎีนี้เป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งแม้เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ของสัญญา สัญญาก็ยังมีผลใช้บังคับต่อไป แม้ว่าเหตุนั้นจะไม่ใช่ความผิดของคู่สัญญาหรือคู่สัญญานั้นต้องเสียหายอย่างมหาศาลจากเหตุนั้นก็ตาม เว้นแต่เป็นเหตุสุดวิสัย อันจะทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัย แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น ไม่ได้ยอมรับหลักการนี้⁸⁴ เนื่องจาก ในสถานการณ์ที่เกิดการเปลี่ยนแปลงของการปฏิบัติตามสัญญาอย่างมากจนถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาเอกชนประสบกับปัญหาทางการเงินอย่างร้ายแรง และเหตุนั้นอยู่นอกเหนือความคาดหมายโดยธรรมดาของคู่สัญญา และเป็นเหตุให้คู่สัญญาเอกชนต้องล้มละลาย การล้มละลายของคู่สัญญาเอกชนย่อมส่งผลกระทบต่อความต่อเนื่องของการตอบสนองความต้องการของประชาชน ดังนั้น เพื่อประกันหลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจึงเข้าแบ่งรับภาระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยฝ่ายปกครองจะจ่ายเงินชดเชยให้แก่คู่สัญญาเอกชน เพื่อให้สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ เป็น

⁸³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 93

⁸⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 94

การประกันคุณภาพทางการเงินของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักการนี้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางหลักไว้ในคดี Gsz de Bordeaux มีสาระสำคัญว่า ในกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ ที่เกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงทางข้อเท็จจริง ฝ่ายปกครองมีข้อผูกพันที่จะให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่สัญญา(ฝ่ายเอกชน)⁸⁵

ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เป็นกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญายังคงเป็นไปได้และไม่ใช่เหตุสุดวิสัย แต่เป็นกรณีที่เกิดเหตุบังเอิญ หรือเหตุภายนอกทางเศรษฐกิจที่ร้ายแรงขึ้น ซึ่งกระทบต่อภาระผูกพันตามสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนอย่างร้ายแรงโดยไม่อาจคาดหมายได้ กล่าวคือ เมื่อสัญญาทางปกครองมีขึ้นและมีการดำเนินการตามสัญญาแล้ว เกิดเหตุความผันผวนทางเศรษฐกิจ หรือเหตุการณ์ทางการเมือง หรือเหตุการณ์ทางธรรมชาติอย่างร้ายแรง รวมทั้งเหตุอันเกิดจากมาตรการทั่วไปของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่คู่สัญญา ซึ่งไม่อาจจะคาดหมายได้ล่วงหน้าในสถานการณ์ปกติ และส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับภาระหนักขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ถึงขนาดที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนล้มละลาย ซึ่งจะต้องเข้าเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

1. คู่สัญญาต้องไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะเกิดเหตุที่ทำให้สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเหตุนั้นจะต้องมีลักษณะพิเศษ⁸⁶ นั่นคือ เหตุนั้นต้องกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองอย่างรุนแรง และเป็นเหตุที่ไม่ปกติ⁸⁷ เช่น วิกฤติทางการเงินอย่างร้ายแรง สงคราม ภัยธรรมชาติ การลดค่าเงินของรัฐ เป็นต้น

2. เหตุการณ์ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา และเป็นเรื่องที่คู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางเหตุนั้นได้⁸⁸

3. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นก่อให้เกิดความผกผันของหน้าที่ตามสัญญาอย่างร้ายแรง และก่อให้เกิดการขาดทุนอย่างถาวรเกินกว่าที่คู่สัญญาเอกชนจะคาดหมายได้⁸⁹ ซึ่งหากเป็นความเสียหายต่อการขาดทุนที่คาดหมายได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับภาระในตัวเอง

⁸⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 146.

⁸⁶ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 103.

⁸⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 95

⁸⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 95.

⁸⁹ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 103.

แต่หากเป็นการขาดทุนเกินกว่าที่บุคคลทั่วไปจะคาดหมายได้ ฝ่ายปกครองจะเกิดหน้าที่ในการแบกรับภาระนี้ไว้ โดยฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าทดแทนในส่วนนี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน⁹⁰

ผลของทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมาย

ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ของสัญญาทางปกครองนั้น มีขึ้นเพื่อรองรับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่จะไม่สะดุดหยุดลง กล่าวคือ แม้เกิดเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ คู่สัญญาก็ยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นให้ลุล่วง แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากฝ่ายปกครองเป็นตัวแทนเพื่อรักษาคุณภาพทางการเงินในการบำบัดเหตุร้ายแรงที่เป็นเหตุชั่วคราว (temporair) เท่านั้น หากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มีลักษณะถาวร ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าทดแทนอีกต่อไป แต่ต้องเลิกสัญญาโดยปริยาย ถือเป็นเสมือนว่าสัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย⁹¹ หรือทำสัญญาขึ้นใหม่ หรือร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อมีคำสั่งให้เลิกสัญญาได้^{92,93}

ในส่วนค่าทดแทนอันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองต้องเข้าไปประกันคุณภาพทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น จะไม่ใช่ค่าทดแทนที่เท่ากับความเสี่ยงทั้งหมดตามหลักทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย แต่ในทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดส่วนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะเป็นผู้รับภาระ โดยคำนวณค่าทดแทนเริ่มตั้งแต่วันที่มิเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบต่อสัญญา ซึ่งฝ่ายปกครองจะเป็นผู้รับภาระในการจ่ายค่าทดแทนในส่วนที่เกินจากความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (prix-limite)⁹⁴ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้รับภาระอันนอกเหนือสัญญา ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาผลกำไรที่คู่สัญญาได้รับมาก่อนหน้าประกอบด้วย

⁹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 95

⁹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 95

⁹² โปรดดูคำพิพากษาฎีกาแห่งรัฐ ในคดี Compagnie des tramways de Cherbourg และ คดี Compagnie générale d' éclairage de Bordeaux

⁹³ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.หน้า 106.

⁹⁴ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.หน้า 106.

ง.เกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครอง

การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีความสำคัญอย่างมากต่อการพิจารณาอำนาจของศาลปกครอง และการพิจารณานำหลักกฎหมายปกครองมาใช้ปรับกับข้อเท็จจริงซึ่งในประเทศฝรั่งเศสใช้เกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง 2 ประการที่สำคัญ ดังนี้

1. การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย: สัญญาทางปกครองโดยข้อกำหนดของกฎหมาย

การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีอยู่ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน คือ การมีบทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง และลักษณะที่กฎหมายระบุไว้โดยอ้อม คือ การมีบทกฎหมายบัญญัติกำหนดให้สัญญานั้น อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง อันเป็นที่เข้าใจได้ว่าศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง สัญญานั้นจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาโยธาสาธารณะ และสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ สัญญาให้ครอบครองที่ดินสาธารณะสมบัติ เป็นต้น

การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มีความไม่ยุ่งยากและทราบได้โดยง่ายจากตัวบทกฎหมาย โดยเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญาทางปกครองโดยข้อกำหนดของกฎหมาย”

2. การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษาของศาล: สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

การพิจารณาสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะพิจารณาเป็นลำดับ โดยพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายเป็นอันดับแรก ในกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองทั้งโดยตรงและโดยอ้อม จึงจะนำไปสู่การพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษาของศาล หรือที่เรียกว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ⁹⁵ ดังนี้

⁹⁵ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 73.

ก.เกณฑ์คู่สัญญา

การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาปกครอง โดยทั่วไปสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาร่วมกับองค์ประกอบอื่นๆ

ข.เกณฑ์วัตถุประสงค์ของสัญญา

วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองนั้นมิใช่การพิจารณาวัตถุประสงค์ประสงค์ของสัญญา แต่เป็นการพิจารณาหน้าที่คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติต่อกัน ซึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการทํานุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการหรือการจัดการบริการสาธารณะโดยตรง เป็นต้น

ค. เกณฑ์ข้อกำหนดในสัญญา

สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จะต้องมีข้อกำหนดหรือข้อตกลงที่มีลักษณะพิเศษ ปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ในคดี Société des granits porphyrodiés des Vosges ความว่า สัญญาทางปกครองได้แก่ “ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบได้ตามสัญญาในกฎหมายเอกชน”⁹⁶ กล่าวคือ เป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.3.1.2 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองในกฎหมายเยอรมันนั้น จะพิจารณาจากพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้น โดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา (Gegenstand des Vertrags) กล่าวคือ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องปรากฏว่าเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา มีข้อเท็จจริงที่จำต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครอง

⁹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์), หน้า 47.

หรือมูลเหตุแห่งหนี้ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญา มีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง โดยที่ฐานะทางกฎหมายของกลุ่มสัญญาไม่ใช่สาระสำคัญ⁹⁷

ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองเยอรมันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี พ.ศ.2519 หรือ Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (VwVfG) ซึ่งมีสาระสำคัญ ในการบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำสัญญาทางปกครอง⁹⁸ ทั้งนี้ การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองนั้น ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้น⁹⁹ การแสดงเจตนาในการทำสัญญาของรัฐต้องมุ่งที่จะให้เกิดผูกพันตามกฎหมายมหาชน และจะต้องมี “ความถูกต้องตรงกันของการแสดงเจตนา” (Die Übereinstimmenden Willenserklärungen) มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน¹⁰⁰ และต้องทำเป็นหนังสือ(แบบของสัญญา)¹⁰¹ รวมไปถึงกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาก็จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือด้วย¹⁰² นอกจากนี้หลักในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี พ.ศ.2519 แล้ว สัญญาทางปกครองเยอรมันยังมีการนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในสัญญาทางปกครองในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ อันได้แก่ หลักความอิสระในทางแพ่งของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน¹⁰³ หลักเสรีภาพในการทำสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน เสรีภาพ

⁹⁷มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545). หน้า 6-7

⁹⁸ โปรดดูมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ.1976 หรือ Verwaltungsverfahrensgesetz 1976(VwVfG)

⁹⁹ สัญญาทางปกครองในกฎหมายเยอรมันมีความแตกต่างกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ ในระบบกฎหมายไทย ถือว่าสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาก่อสร้างถนน เป็น “สัญญาทางปกครอง” แต่ในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็น “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ไม่ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเห็นว่าสัญญาดังกล่าวฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โปรดดู มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.หน้า 25

¹⁰⁰ โปรดดูมาตรา 56 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ.1976 หรือ Verwaltungsverfahrensgesetz 1976(VwVfG)

¹⁰¹ โปรดดูมาตรา 57 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ.1976 หรือ Verwaltungsverfahrensgesetz 1976(VwVfG)

¹⁰² มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.หน้า 28-35

¹⁰³ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ คดี BvR 12/92 (BVerfG, Urteil vom 6. 2. 2001-1 BvR 12/92 ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2554 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า กลุ่มสัญญาเอกชนสามารถที่จะกำหนดความเหมาะสมของผลประโยชน์

ในการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลง อย่างไรก็ตาม หลักการทางแพ่งข้างต้นไม่อาจนำมาใช้กับ คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ เนื่องจากสาระสำคัญของการจัดทำสัญญาทางปกครอง อยู่ภายใต้หลัก “ผลผูกพันของสัญญาฝ่ายปกครองภายใต้กฎหมาย (Bindung des Verwaltungshandelns)” ทำให้ ฝ่ายปกครองไม่ได้มีอิสระในการทำสัญญา แต่จะต้องทำสัญญาภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย บัญญัติไว้เท่านั้น¹⁰⁴

2.3.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบของประเทศฝรั่งเศส

2.3.2.1 กฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน หรือ PPP ของประเทศ ฝรั่งเศส ได้รับการปรับปรุงภายใต้ The European directives pertaining to public procurement and concession agreements โดยข้อบัญญัติฉบับที่ 2015-899 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม พ.ศ.2558 (the Partnership Contract Ordinance) ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อสาธารณะและข้อตกลงการเป็น หุ้นส่วน และข้อบัญญัติฉบับที่ 2016-360 ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ.2559 (the Partnership Contract Decree) ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาหุ้นส่วน ,ข้อบัญญัติฉบับที่ 2016-65 ลงวันที่ 29 มกราคม พ.ศ.2559 (the Concession Agreement Ordinance) ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงสัมปทาน และข้อบัญญัติฉบับฉบับ ที่ 2016-86 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2559 (the Concession Agreement Decree) แต่อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ควบคุมข้อตกลงการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ (รวมถึงสัญญาการเป็น หุ้นส่วน) และข้อตกลงสัมปทานยังคงกระจัดกระจายอยู่ในตำราต่างๆประมาณ 30 ฉบับ ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2561 จึงมีการตัดสินใจที่จะใช้ประมวลกฎหมาย Public Procurement and Concession Agreements Code (the PPP Code) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การรวบรวมกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง กับการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะและข้อตกลงสัมปทานเพื่อให้ทุกบริษัทสามารถเข้าถึงได้ดีขึ้น โดย มุ่งเน้นไปที่บริษัทขนาดเล็กและขนาดกลาง โดยประมวลกฎหมาย Public Procurement and Concession Agreements Code (the PPP Code) ได้ประกาศใช้ในปลายปี พ.ศ.2561 และมีผลบังคับ

ของตนเองได้ และรัฐต้องให้ความเคารพ หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายใดมีอำนาจเหนือกว่าที่จะก่อให้เกิดภาระแก่ คู่สัญญาอีกฝ่ายแต่ฝ่ายเดียว ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน กรณีนี้ต้องเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะเข้าแทรกแซงสัญญานั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล

¹⁰⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง. หน้า 53-54

ใช้ในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2562¹⁰⁵ อย่างไรก็ตาม การรวบรวมกฎหมายนี้ เป็นไปเพื่อความสะดวกในการเข้ารวบรวมกฎหมายเข้าด้วยกัน แต่ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนเนื้อหาของเนื้อหากฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (partenariat public-privé) ของประเทศฝรั่งเศสที่สำคัญนั้น เป็นไปตามรัฐกำหนดฉบับที่ 2004-559 ลงวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2547 ว่าด้วยสัญญาาร่วมลงทุน (contrat de partenariat) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2008-735 ลงวันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ.2551 ว่าด้วยสัญญาาร่วมลงทุน รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2009-179 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2552 ว่าด้วยการเร่งรัดโครงการก่อสร้างและลงทุนของภาครัฐและภาคเอกชน รัฐกำหนด ฉบับที่ 2009-515 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ.2552 ว่าด้วยวิธีการโต้แย้งที่ใช้บังคับกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และรัฐกำหนด ฉบับที่ 2010-177 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2553 ว่าด้วยการปฏิรูปสถานพยาบาลเกี่ยวกับผู้ป่วย สุขภาพ และท้องถิ่น¹⁰⁶ ซึ่งมีสามารถสำคัญสรุปได้ดังนี้

มาตรา 1 แห่งรัฐกำหนด ฉบับที่ 2004 บัญญัติว่า สัญญาาร่วมลงทุน (contrat de partenariat) หมายถึง สัญญาทางปกครองที่รัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐมอบหมายให้บุคคลภายนอก(เอกชน) จัดทำภารกิจโดยรวมทั้ง ในส่วนการก่อสร้าง หรือดัดแปลง การดูแลรักษา การซ่อมบำรุง การใช้ประโยชน์หรือการบริหารจัดการสิ่งปลูกสร้าง ระบบสาธารณูปโภค หรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งจำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะ มีระยะเวลากำหนดไว้แน่นอนตามระยะเวลาคืนทุนหรือวิธีการลงทุน ทั้งนี้ สัญญาดังกล่าวอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อออกแบบสิ่งปลูกสร้าง ระบบสาธารณูปโภค หรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง รวมทั้งการให้บริการที่จำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชน โดยคู่สัญญาของนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้รับผิดชอบควบคุมงาน¹⁰⁷

¹⁰⁵ François-Guilhem Vaissier, "The Public-Private Partnership Law Review " *THE LAW REVIEWS*, <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-public-private-partnership-law-review-edition-6/1225131/france>.

¹⁰⁶ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, "การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ Public Private Partnerships (PPPs)." หน้า 16

¹⁰⁷ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, "การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ Public Private Partnerships (PPPs)." หน้า 16

อนึ่ง สัญญาร่วมลงทุนในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาเบ็ดเสร็จ(contrat global) เป็นสัญญาระยะยาว (contrat de longue durée) เป็นสัญญาที่มีวิธีการพิเศษในการจัดสรรความเสี่ยงและจ่ายค่าตอบแทน (contrat aux modalités de partage des risques et de remuneration originale) และเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย (contrat administrative par determination de la loi) ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 โดยกำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁰⁸

2.3.2.2 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศฝรั่งเศส

ก. การแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

โดยหลักสัญญาทางแพ่งนั้นจะยึด “หลักความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา” เป็นสำคัญ และ “หลักความไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ของสัญญา” เว้นแต่คู่สัญญาดตกลงกัน ซึ่งทำให้คู่สัญญาทางแพ่งนั้นอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน คือไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดมีอำนาจเหนือกว่า ดังนั้นข้อสัญญาที่เกิดขึ้นจึงผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตาม ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยอำเภอใจ หากจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องให้ความยินยอมตกลงเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาต่อกัน แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นสัญญาที่ค้ำึงถึงประโยชน์ในทางสาธารณะ เป็นสำคัญ ยิ่งกว่าผลประโยชน์ของเอกชนรายใดรายหนึ่ง และเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐตามสัญญาบรรลุผล และทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม ตามหลักบริการสาธารณะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้นั้น ทำให้รัฐเกิดเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้จะไม่มีภาระระบุไว้ในสัญญา และแม้ฝ่ายเอกชนจะไม่ได้ดำเนินการอันเป็นการผิดสัญญาแต่ประการใดก็ตาม ซึ่งหากเอกชนคู่สัญญาจะต้องเสียหายเพราะการใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมต้องได้รับค่าชดเชยอย่างเหมาะสมด้วยเช่นกัน

อำนาจในแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสในคดี Union des transports publics urbains et régionaux

¹⁰⁸ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, "การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ Public Private Partnerships (PPPs)." หน้า 17-20

ซึ่งได้วางหลักว่า แม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้มีการระบุไว้ แต่คู่สัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชนย่อมมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้¹⁰⁹

ข้อจำกัดอำนาจในการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

(ก) การใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดและหลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวแม้เป็นสิทธิพิเศษอันเกิดจากการใช้อำนาจเหนือ หรืออำนาจมหาชน แต่การใช้อำนาจนั้นมิได้มีอย่างไม่มีจำกัด แต่แท้จริงแล้วการใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น จะต้องมีสาเหตุเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ ตามทฤษฎีการบริการสาธารณะ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป¹¹⁰ ที่มีฐานะเป็นทั้งหลักที่ให้อำนาจและข้อจำกัดของอำนาจในเวลาเดียวกัน

(ข) การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาเพื่อลดค่าตอบแทนที่เป็นตัวเงินไม่ได้และการแก้ไขสัญญาจะต้องไม่เกินขนาด

ข้อจำกัดอำนาจในการใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการ คือ ฝ่ายปกครองจะแก้ไขสัญญาเพื่อลดค่าตอบแทนตัวเงินที่ตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ และการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะต้องไม่เป็นการแก้ไขจนเกินขนาด (exéder certaines limites) หมายความว่า การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะต้องไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ซึ่งหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้นย่อมทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่ และการแก้ไขสัญญานั้นต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญา

¹⁰⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ.หน้า 56.

¹¹⁰ หลักกฎหมายทั่วไป มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่แต่ละสังคมยึดถือและปฏิบัติสืบต่อกันมา โดยเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเป็นที่ยอมรับกันแพร่หลาย โดยไม่มีการบัญญัติกฎเกณฑ์นั้นเป็นลายลักษณ์อักษร โปรดดู Jordan DACI, "Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are they the same or different?," *Academicus - International Scientific Journal*.p. 109-110.

ตามอำเภอใจ โดยไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัด ทั้งนี้ หากฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาเกินขนาด คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้¹¹¹

ข. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศฝรั่งเศส

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มักมีลักษณะเป็นสัญญาระยะยาว โดยมักมีข้อกำหนดเฉพาะสำหรับการทบทวนเงื่อนไขตามสัญญา อย่างไรก็ตาม สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือ PPP สามารถแก้ไขได้เฉพาะแต่ในกรณีที่ไม่มีกรเปลี่ยนแปลงโครงสร้างโดยรวมของสัญญาอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ สำหรับคู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ มีสิทธิที่จะแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นหลักซึ่งปรากฏตาม ประมวลกฎหมาย Public Procurement and Concession Agreements Code (the PPP Code) โดยการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางสาธารณะ (general interest) อย่างไรก็ตาม อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้รับการควบคุมเพื่อให้การแก้ไขสัญญานั้น ไม่ส่งผลให้โครงสร้างโดยรวมของสัญญาหยุดชะงักลง และจะต้องปกป้องคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว โดยต้องรักษาสมดุลทางเศรษฐกิจของสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องได้รับการชดเชยอย่างเพียงพอสำหรับความเสียหายที่ได้รับ¹¹² ในประมวลกฎหมาย Public Procurement and Concession Agreements Code (the PPP Code) ซึ่งบังคับใช้กับทั้งข้อตกลงสัมปทานและสัญญาหุ้นส่วน กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิจะได้รับค่าชดเชยจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่คาดฝันซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาขึ้น¹¹³

¹¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 90

¹¹² However, the power of amendment is regulated so that the modification cannot result in a disruption of the overall structure of the contract. Embodying the protection offered by administrative case law, the PPP Code protects the co-contracting party of the administration: the economic balance of the contract must be maintained, and the private co-contracting party must be adequately compensated for the damages suffered. อ้างอิงใน Vaissier, "The Public-Private Partnership Law Review ".

¹¹³ Article L. 6 of the PPP Code.

มาตรา 136 การแก้ไขสัญญาในระหว่างระยะเวลาของสัญญา (Amendment of a procurement agreement during the agreement period) ¹¹⁴ใน Act on Public Procurement and Concession Contracts เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขข้อตกลงในระหว่างระยะเวลาที่สัญญา ยังมีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ของการแก้ไขสัญญาไว้มีสาระสำคัญดังนี้

การแก้ไขสัญญาซึ่งมีผลให้ต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่¹¹⁵

ข้อตกลงในการจัดซื้อจัดจ้าง (รวมทั้งสัญญาร่วมลงทุน) ซึ่งมีมูลค่าเกินกว่าเกณฑ์ของ สหภาพยุโรป หรือเกินกว่าเกณฑ์ของประเทศ จะไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนใดส่วนหนึ่ง ในช่วงระยะเวลาของสัญญาได้ นั่นคือ กรณีการแก้ไขมูลค่าของสัญญา “มากกว่าร้อยละ 50” ของสัญญาเดิม จะไม่สามารถทำได้

หากเป็นการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาในกรณีดังต่อไปนี้ จะต้องมีการดำเนินขั้นตอนในการทำสัญญาใหม่ ได้แก่

1. การแก้ไขสัญญาโดยรับผู้ร่วมลงทุน(คู่สัญญาฝ่ายเอกชน)รายอื่นเข้ามาในสัญญา นอกเหนือจากคู่สัญญาที่ได้คัดเลือกเข้ามาในสัญญาตามสัญญาเดิม หรือ
2. การแก้ไขสัญญาอันเป็นการตอบรับการประกวดราคานอกเหนือจากที่ได้รับ การยอมรับในตอนแรกของสัญญา หรือ
3. การแก้ไขสัญญาเพื่อเป็นการดึงผู้ร่วมลงทุน(คู่สัญญาฝ่ายเอกชน)เพิ่มเติมจากขั้นตอน การจัดซื้อในสัญญาเดิม หรือ
4. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสมดุลทางเศรษฐกิจของข้อตกลงหรือกรอบข้อตกลงเพื่อ สนับสนุนคู่สัญญาในลักษณะที่ไม่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงเดิมหรือกรอบข้อตกลงเดิม
5. กรณีการแก้ไขสัญญาเพื่อเป็นการขยายขอบเขตของข้อตกลงหรือกรอบข้อตกลง อย่างมาก

¹¹⁴ Section 136 , Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016.

¹¹⁵ Section 136(1) , Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016.

6. การแก้ไขสัญญาให้คู่สัญญารายใหม่แทนที่คู่สัญญาเดิม โดยอาศัยข้อตกลงตามสัญญาเดิม อันเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาของสัญญา

ในกรณีเหล่านี้ จะไม่ถือเป็นการแก้ไขสัญญา แต่จะถือเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่ ซึ่งจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการจัดทำสัญญาใหม่ทั้งหมด

การแก้ไขสัญญาซึ่งไม่จำเป็นต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่¹¹⁶

ข้อตกลงและกรอบข้อตกลงอาจได้รับการแก้ไขโดยไม่มีขั้นตอนทำสัญญาใหม่ได้ ภายใต้เงื่อนไขว่า มูลค่าของการแก้ไขสัญญาต้อง “ไม่เกินร้อยละ 50” ของมูลค่าของข้อตกลงเดิม ในกรณีต่อไปนี้

(1) การแก้ไขสัญญานั้นเป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งข้อกำหนดหรือเงื่อนไขนั้นเป็นที่ทราบในระหว่างขั้นตอนการทำสัญญา และถูกกำหนดในเอกสารการจัดซื้อจัดจ้าง โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าทางการเงิน ซึ่งข้อกำหนดและเงื่อนไขดังกล่าวต้องมีความชัดเจน แม่นยำและไม่คลุมเครือ โดยจะต้องไม่เป็นการแก้ไขในลักษณะทั่วไปของข้อตกลงการจัดซื้อจัดจ้างหรือกรอบข้อตกลง

(2) การแก้ไขข้อตกลงนั้นจำเป็นสำหรับคู่สัญญาตามสัญญาเดิมที่จะต้องทำงานเพิ่มเติม บริการหรือการส่งมอบสินค้าพิเศษที่ไม่ได้รวมอยู่ในข้อตกลงเดิมและไม่สามารถเปลี่ยนคู่ค้าตามสัญญาได้ด้วยเหตุผลทางการเงินหรือทางเทคนิค และจะทำให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมีนัยสำคัญหรือ ต้นทุนที่ทับซ้อนกันอย่างมีนัยสำคัญสำหรับคู่สัญญาที่ทำสัญญา

(3) ความจำเป็นในการแก้ไขเกิดจากสถานการณ์ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถคาดการณ์ได้และการแก้ไขจะไม่ส่งผลกระทบต่อลักษณะทั่วไปของข้อตกลงการจัดซื้อเดิม

(4) การปรับเปลี่ยนคู่สัญญา โดยการปรับ โครงสร้างองค์กร การควบรวมกิจการ หรือเกิดการล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งมีข้อตกลงให้สามารถทำได้ในสัญญาเดิม และ

¹¹⁶ Section 136(2) , Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016.

การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสาระสำคัญอื่นๆ และต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้ตามกฎหมายนี้

(5) กรณีเป็นการแก้ไขสัญญาเล็กน้อย ในมูลค่าที่ต่ำกว่าค่าเกณฑ์ของประเทศ หรือมูลค่าเกณฑ์ของสหภาพยุโรป และไม่มีผลกระทบต่อลักษณะทั่วไปของสัญญา ทั้งนี้ มูลค่าของการแก้ไขสัญญาในกรณีนี้จะต้องน้อยกว่าร้อยละ 10 ของมูลค่าของสัญญาจัดหาบริการเดิมหรือสัญญาสัมปทานในการให้บริการ และมูลค่าของการแก้ไขสัญญาในกรณีนี้จะต้องน้อยกว่าร้อยละ 15 ของมูลค่าของสัญญาจ้างงานสาธารณะเดิมหรือสัญญาสัมปทาน

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายนี้นั้น มีผลใช้กับการแก้ไขคำตัดสินหรือขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างอื่น ๆ ของหน่วยงานภาครัฐที่ทำสัญญาซึ่งไม่อยู่ภายใต้ Act on Public Procurement and Concession Contracts นี้ด้วย¹¹⁷

2.3.3. ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในประเทศเยอรมัน

2.3.3.1 กฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน ยังไม่มีการนิยาม คำว่า PPP อย่างชัดเจน แต่อาจกล่าวได้ว่า PPP เป็นรูปแบบความร่วมมือระยะยาวระหว่างรัฐบาลและบริษัทเอกชน ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่มีต้นทุนสูง¹¹⁸

ในประเทศเยอรมันไม่มีกฎหมายควบคุมการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน (PPPs) โดยเฉพาะ แต่จะใช้ระเบียบ กฎ และข้อบังคับต่างๆ แทน โดยมีอาศัยข้อตกลงตามกฎหมายเอกชน รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional) กฎหมายปกครอง (administrative law) กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (the law of public procurement) กฎหมายงบประมาณ (budget law) กฎหมายภาษี (tax law) กฎหมายการลงทุนและการเงิน (investment and finance law) กฎหมายว่าด้วยการอุดหนุนจากรัฐ (the law on public subsidies) กฎหมายสัญญา (contract law) และกฎหมายบริษัท (corporate law.) อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ.2548 ได้มีการประกาศใช้กฎหมาย the federal PPP Acceleration Act (ÖPPBeschleunigungsgesetz) ซึ่งกฎหมายนี้เป็นกรอบกฎหมาย

¹¹⁷ Section 135, Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016.

¹¹⁸ "The Public-Private Partnership Law Review: Germany," <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany#footnote-070>.

ซึ่งได้เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่มีอยู่ก่อนหน้านี้จำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงาน PPP รวมถึงกฎหมายต่อต้านข้อจำกัดของการแข่งขัน (the Act Against Restraints of Competition) กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ (the Public Procurement Ordinance) กฎหมายงบประมาณของรัฐบาลกลาง (the Federal Budget Law) กฎหมายของรัฐบาลกลางว่าด้วยการลงทุนและกฎหมายภาษี (the Federal Law on Investment and tax laws).¹¹⁹

ในเยอรมัน รัฐบาลกลาง (The federal government) มีอำนาจในการบริหารงานสำหรับงานเฉพาะอย่าง เช่น การปฏิบัติการทางทหาร ทางน้ำของรัฐบาลกลาง และโครงสร้างพื้นฐานทางรถไฟ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมักเป็นคู่สัญญาโดยอาศัยตัวแทนจากกระทรวงที่รับผิดชอบงานที่เกี่ยวข้อง หรือโดยส่วนท้องถิ่น ซึ่งการดำเนินงานสาธารณะและโครงสร้างพื้นฐานส่วนใหญ่ของเยอรมนีจะบริหารงานโดยสหพันธ์รัฐ เช่น ถนนในรัฐ ส่วนการจัดทำบริการในด้านการขนส่งรถประจำทางและรถไฟในท้องถิ่นและระดับภูมิภาค ไฟฟ้า และน้ำประปาส่วน ได้รับการจัดการและว่าจ้างในระดับเทศบาลหรืออำเภอ หน่วยงานท้องถิ่นอาจจัดตั้งหน่วยงานเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษเพื่อสนองงานสาธารณะบางอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานที่เกี่ยวข้องกับการจราจร น้ำประปา และการจัดการของเสียในระดับภูมิภาค

ข้อกำหนดทั่วไปสำหรับสัญญาสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนหรือ PPP

ในเยอรมัน ไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ โครงการหรือสัญญาแบบ PPP นอกเหนือจากบทบัญญัติว่าด้วยการบริหารมอเตอร์เวย์ (The constitutional provision on the administration of motorways) อย่างไรก็ตาม กรอบกฎหมายแพ่งและข้อกำหนดด้านกฎระเบียบต่างๆ ถูกนำมาปรับใช้กับโครงการ หรือสัญญา PPP ซึ่งรวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับภาษี ประกันสังคม ค่าจ้างขั้นต่ำ สหภาพแรงงาน และสุขภาพและความปลอดภัย ข้อกำหนดเฉพาะเพิ่มเติมอาจมาจากข้อกำหนดด้านงบประมาณ กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และข้อกำหนดเกี่ยวกับภาคส่วนเฉพาะ เช่น พลังงาน¹²⁰

¹¹⁹"Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview," <https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement-ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany--an-overview>.

¹²⁰ Jan Bonhage, "The Public-Private Partnership Law Review: Germany."

2.3.3.2 แนวคิดว่าด้วยการแก้ไขสัญญาความร่วมมือลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของ ประเทศเยอรมัน

ก. การแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน (Anpassung des Vertrages)

แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน ปรากฏอยู่ใน มาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี พ.ศ.2519 หรือ Verwaltungsverfahrgesetz 1976 (VwVfG) กล่าวคือ หากคู่สัญญานั้นไม่อาจจะถือเอาสัญญาเดิม ไปได้อีกต่อไป เนื่องจาก “ความสัมพันธ์ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญา” (die Geschäftsgrundlage) มีการเปลี่ยนแปลงไปในภายหลังจากทำสัญญา¹²¹ คู่สัญญาอาจเรียกร้องให้ มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาของสัญญาทางปกครองได้ นั่นคือ หากความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญใน การกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากภายหลังจากการทำสัญญา¹²² และคู่สัญญาไม่อาจ คาดหมายได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้ สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงนั้นได้ โดยใช้สิทธิเรียกร้องในการเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นต่อคู่สัญญา นั้นก่อน หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ยินยอม ก็สามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้ แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม หากการแก้ไขสัญญานั้นไม่อาจเป็นไปได้หรือไม่ สมเหตุสมผล ซึ่งศาลเห็นว่าไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ ก็จะนำไปสู่สิทธิในการเลิก สัญญาได้¹²³

กล่าวโดยสรุป การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันตาม มาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี พ.ศ.2519 หรือ Verwaltungsverfahrgesetz 1976 (VwVfG) อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการคือ

(1) สัญญาทางปกครองนั้นมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์หรือบทกฎหมายซึ่งเป็น พื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป

¹²¹ บวรศักดิ์ อูวรรณ โฉ่ เข็มชัย ชุตินันต์ วรณพณิช และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 143

¹²² การกำหนดเนื้อหาของสัญญาในสาระสำคัญเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ได้แก่ การเปลี่ยนแปลง ด้านข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ (tatsächliche Voraussetzung) เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องราคาและค่าใช้จ่าย ข้อมูลและความรู้ทางเทคนิค การค้นพบสิ่งใหม่ รวมทั้งตัวบทกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป และคำพิพากษาของศาล ที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในภายหลัง จนทำให้มีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้น โปรดดู มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน.หน้า 28-29

¹²³ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง.หน้า 44

(2) เป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนของสาระสำคัญและเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะยังคงยึดถือข้อกำหนดตามสัญญาเดิมอยู่ต่อไป¹²⁴

ทั้งนี้ เห็นได้ว่า การการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (VwVfG) เบื้องต้นต้องอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย และในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ยินยอมเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาตามความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนไปในสัญญา ศาลปกครองจะเป็นผู้เข้ามามีอำนาจในการพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้นได้ ทั้งนี้ หากมีการกำหนดข้อตกลงไว้ล่วงหน้าให้สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้เมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเกิดขึ้น ข้อตกลงนั้นก็จะมีผลบังคับได้โดยไม่ต้องนำหลักเกณฑ์มาตรา 60 (VwVfG) มาใช้บังคับ¹²⁵

ข. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน ไม่มีกฎหมายควบคุมการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน (PPPs) โดยเฉพาะ¹²⁶ จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากกฎหมายหลายส่วนประกอบกัน เช่น การพิจารณาการแก้ไขสัญญา (Adjustment and revision) ภายใต้กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (public procurement law) ในส่วนของการปรับและแก้ไขสัญญา PPP อาจต้องใช้ขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐใหม่ หากสัญญาจะมีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ¹²⁷ การปรับหรือแก้ไขถือเป็นสาระสำคัญหากมีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดที่สำคัญของข้อตกลงและการแก้ไขบ่งชี้ถึงความตั้งใจของคู่สัญญาในการเจรจาข้อตกลงใหม่ อันได้แก่ การเปลี่ยนแปลงผู้รับเหมา การเปลี่ยนแปลงราคาและการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาและขอบเขตของงานหรือบริการ¹²⁸

¹²⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า 29

¹²⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า 28

¹²⁶ Michael Schaefer and Thomas Voland, "Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview."

¹²⁷ โปรดดู Section 132 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB)

¹²⁸ Jan Bonhage, "The Public-Private Partnership Law Review: Germany."

บทที่ 3

แนวคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองและการแก้ไขสัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (Public Private Partnership : PPP) เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการของรัฐหรือกิจการของรัฐ โดยการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือการให้สิทธิแก่เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการเชิงพาณิชย์และสังคม ซึ่งหน่วยงานทางปกครองส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ ตลอดจนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่ตามกฎหมาย โดยส่วนใหญ่จะเป็นการเข้าร่วมลงทุนในโครงการ โครงสร้างพื้นฐานขนาดใหญ่หรือการบริการสาธารณะในโครงการขนาดใหญ่¹²⁹

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ และระบบเสถียรภาพทางการคลังของประเทศ เนื่องจากการลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ของประเทศนั้น จะต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก ตลอดจนความรู้ ความเชี่ยวชาญ ทั้งในด้านแรงงานและเทคโนโลยี เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของประเทศเป็นไปตามวัตถุประสงค์และมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ภาครัฐจึงเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนที่มีความพร้อมและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมากกว่าภาครัฐ เข้ามาเป็นผู้ร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐในรูปแบบของ “สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน”

อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จะมีลักษณะเป็นสัญญาในทางเศรษฐกิจ แต่ขณะเดียวกันสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ก็เป็นสัญญาทางปกครองชนิดหนึ่ง แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ได้ฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ การใช้เอกสิทธิ์ของ

¹²⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานวิชาการสำนักงบประมาณของรัฐสภา ฉบับที่ 3/2559 : การวิเคราะห์การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน หน้า 2.

ฝ่ายปกครอง ก็จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ จะกระทำโดยอำเภอใจไม่ได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะต้องได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมด้วยเช่นกัน

ดังนั้น การศึกษาเรื่องการแก้ไขสัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย จึงจำเป็นต้องทราบถึง ความเป็นมา และลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย เพื่อเป็นฐานแห่งความคิดนำไปสู่การศึกษา การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย

3.1 ความเป็นมาและลักษณะสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

3.1.1 ความเป็นมาของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

แนวคิดเรื่องการแยกสัญญาของทางราชการไทย เป็นสัญญาเอกชนกับสัญญามหาชน มีข้อมูลปรากฏว่า ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีการแยก “สัญญาบับลิก” (Public Contract) ออกจาก “สัญญาไปรเวท” (Private Contract) ตามพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองซึ่งจะทำสัญญาชาวต่างประเทศ พ.ศ.2471 โดยสัญญาไปรเวท มีลักษณะเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของระหว่างเอกชนกับเอกชน ส่วนสัญญาบับลิก หรือที่กฎหมายถือว่าเป็น “สัญญาแผ่นดิน” มีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติ ในกิจการซึ่งเป็นของแผ่นดิน โดยสัญญาเหล่านี้จะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์เท่านั้น¹³⁰ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นได้ว่า “สัญญาบับลิก” มีลักษณะคล้ายหรือใกล้เคียงกับองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน กล่าวคือ ประการแรก สัญญาบับลิกเป็นสัญญาที่ทำไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ ไม่ได้เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์ของเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ประการที่สอง สัญญาบับลิกจะเกิดขึ้น โดยผู้รักษาเมืองภายใต้พระบรมราชานุญาตของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในลักษณะตัวแทนของรัฐในการตกลงเข้าทำสัญญา

ในอดีตสัญญาของทางราชการของประเทศไทย ส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญาพัสดุ สัญญาการจัดซื้อจัดจ้าง และสัญญาสัมปทาน โดยในสมัยสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

¹³⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพณิชย และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).หน้า 1.

มหाराช (รัชกาลที่ 5) มีการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาทำสัญญากับภาครัฐ เกี่ยวกับการเข้าจัดทำ หรือบริการสาธารณะ หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก่อนข้างมากกว่าใน ยุคสมัยอื่น ๆ โดยคู่สัญญาล้วนแต่เป็นบริษัทต่างชาติ หรือ ชาวต่างชาติ ซึ่งในขณะนั้นยังไม่พบว่า มีกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเข้าทำสัญญา แต่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ กิจกรรมแต่ละประเภทขึ้นมา ซึ่งวางบทบัญญัติให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาทำสัญญาแต่ละประเภท ได้ ได้แก่ พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก พ.ศ.2457 (ร.ศ.116)¹³¹ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับ สัมปทาน พ.ศ. 2473¹³² พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510¹³³ เป็นต้น เป็นที่สังเกตว่าสัญญาของ ทางราชการของประเทศไทย ในช่วงแรกอำนาจในการอนุญาตให้เอกชนเข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐ จะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยตรง แต่ต่อมาอำนาจในการอนุญาตนี้ก็เปลี่ยนเป็น อำนาจของรัฐบาลหรือรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ แทน

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 1 และ บรรพ 2 แนวคิดเรื่องสัญญาของประเทศไทย จึงอยู่ภายใต้แนวคิดเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ อันเป็นแนวคิดเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น จนกระทั่งมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และมีการจัดตั้ง

¹³¹พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก พ.ศ.2457 (ร.ศ.116) มีการวางเกณฑ์ ห้ามมิให้ผู้ที่ไม่ได้รับสัญญา อนุญาตจากรัฐบาลหรือไม่ได้รับอนุญาตตัดต้นไม้สักในเขตพื้นที่ของหลวง มีการสันนิษฐานว่ากฎหมายฉบับนี้ น่าจะเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องในเรื่องสัมปทานการแสวงหาประโยชน์ธรรมชาติ โปรดคุณนิรัชรา พงศ์ อาจารย์, "ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย". หน้า 116-117.

¹³² พระราชบัญญัติฉบับนี้ ปรากฏคำว่า "สัมปทาน" ขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายที่เป็น ลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย มีสาระสำคัญ คือ ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างทางและบำรุงรักษาทางหลวง โดยไม่ได้รับ อนุญาตจากรัฐบาล เป็นกฎหมายที่แสดงให้เห็น "เอกสิทธิ์" ของรัฐหลายประการ เช่น รัฐบาลสามารถเพิกถอน สัมปทานทางหลวงก่อนสิ้นอายุระยะเวลาได้ โปรดคุณ นิรัชรา พงศ์อาจารย์, "ทิศทางของสัญญาทางปกครองใน ระบบกฎหมายไทย". หน้า 116-117.

¹³³ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 เป็นกฎหมายที่บัญญัติให้ การออกประทานบัตรให้ทำเหมืองแร่ และ อาชญาบัตรให้สำรวจแร่ ต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี และเป็นกฎหมายอีกฉบับที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น สามารถเพิกถอนใบอนุญาตได้เมื่อมี เหตุกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน หรือ เมื่อมีเหตุ อันกระทบถึงความปลอดภัยหรือเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนำแร่เข้าใน ราชอาณาจักร หรือใบอนุญาตส่งแร่ออกนอกราชอาณาจักรเมื่อใดก็ได้ เป็นต้น โปรดคุณนิรัชรา พงศ์อาจารย์, "ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย". หน้า 116-117.

ศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย เป็นเหตุให้การพิจารณาคดีปกครองได้แยกต่างหากจากการพิจารณาคดีระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งส่งผลต่อระบบแนวคิดสัญญาทางปกครองของไทยเป็นอย่างมาก กล่าวคือ มีการแบ่งแยกระบบสัญญาทางปกครองออกจากระบบสัญญาของเอกชนอย่างชัดเจนขึ้น และให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีสัญญาทางปกครอง และนับเป็นครั้งแรกที่กฎหมายไทย มีการใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในบทบัญญัติของกฎหมาย¹³⁴

3.1.2 ลักษณะสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

สัญญาซึ่งทำโดยฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ สัญญาทางแพ่งตามระบบกฎหมายเอกชน และสัญญาทางปกครองตามระบบกฎหมายปกครอง¹³⁵ ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายไทย เนื่องจากวัตถุประสงค์และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายของสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกัน อันส่งผลต่อการปรับใช้กฎหมาย การปรับใช้ปรัชญาทางกฎหมาย ตลอดจนอำนาจในการพิจารณาของศาลที่แตกต่างกัน

แนวคิดสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดสัญญาทางปกครองจากกฎหมายฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งมีการพิจารณาสัญญาทางปกครองใน 2 ลักษณะสำคัญ คือ สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่งเมื่อนำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาใช้ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้น สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

3.1.2.1 สัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศไทย

สัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย กล่าวคือ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ จะต้องมีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน หรือจะต้องมีการบัญญัติในกฎหมายว่าสัญญานั้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ แม้ว่าเนื้อหาของสัญญานั้นจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่หากกฎหมายบัญญัติให้เป็น

¹³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง(รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). หน้า 1

¹³⁵ วีระพงษ์ บึงไกร, "ข้อควรพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย," วารสารกระบวนการยุติธรรม เมษายน-มิถุนายน 2554, no. 4. หน้า 34.

สัญญาทางปกครอง หรืออยู่ในอำนาจของศาลปกครองสัญญาแล้ว สัญญานั้นก็ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายปรากฏตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3¹³⁶ ซึ่งบัญญัติลักษณะของสัญญาทางปกครองไว้ บัญญัติว่า

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ



อย่างไรก็ตาม จากการศึกษา พบว่าในขั้นตอนการเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองต่อสภาผู้แทนราษฎรนั้น ได้มีการกำหนดนิยามศัพท์คำว่า "สัญญาทางปกครอง" ไว้ว่า "สัญญาทางปกครอง" หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง



ต่อมา สภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้น ได้แก้ไขบทนิยามข้างต้นเป็นดังนี้

"สัญญาทางปกครอง" หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภคหรือให้จัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล หรือสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง¹³⁷

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีการตัดข้อความในส่วน “คู่สัญญาเข้าดำเนินการ”, “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ” และ “หรือสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

¹³⁶ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, "สัญญาสัมปทาน," วารสารกระบวนการยุติธรรม 4, no. มกราคม-มีนาคม 2554. หน้า 50.

¹³⁷ โภ คิน พ ล กุ ล , " สั ญ ญา ท าง ป ก ร อ ง ใน ก ฎ ห ม า ย ใ ท ย , " <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=692&Page=4>.

ออกจากร่างบทบัญญัติในส่วนของการนิยามคำว่าสัญญาทางปกครอง อันแสดงให้เห็นว่าในขั้นตอนของการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น ช่วงแรกมีการร่างให้สัญญาทางปกครองของประเทศไทย หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองด้วย แต่ในท้ายที่สุดก็ได้มีการตัดข้อความส่วนนี้ทิ้งไป

องค์ประกอบของสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศไทย ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

ก. องค์ประกอบด้านคู่สัญญา กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

การพิจารณาความเป็นคู่สัญญาของสัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย ปรากฏบทนิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งสามารถจำแนกได้ ดังนี้

1. หน่วยงานทางปกครอง

(1.1) องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง

องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง¹³⁸ ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม เช่น สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 235/2554)

¹³⁸ ตามกฎหมายปกครองของไทย ถือว่า กระทรวง ทบวง กรม มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน เป็นหน่วยงานซึ่งมีสภาพความเป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากรัฐ ตามแนวความคิดที่ทำให้กระทรวง ทบวง กรมเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐของไทย ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศทางยุโรป ซึ่งมีแนวคิดว่า รัฐ เท่านั้นที่มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ส่วนกระทรวง ทบวง กรม ทำหน้าที่เป็นเพียงหน่วยงานที่ทำกิจการในนามของรัฐ ดังนั้น กระทรวง ทบวง กรมในกฎหมายต่างประเทศ จึงไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

(1.2) องค์การของราชการส่วนภูมิภาค

ราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ อำเภอ, จังหวัด ในกฎหมายไทยมีการกำหนดให้ จังหวัดมีสภาพเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของหลักกฎหมายปกครอง ที่เห็นว่า การบริหารราชการส่วนภูมิภาคเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการ กล่าวคือ การบริหารราชการส่วนภูมิกานั้นเป็นการส่งบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งมาจากหน่วยราชการส่วนกลาง เข้าไปทำหน้าที่ในเขตจังหวัดต่างๆ ภายใต้การบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง ไม่ได้มีการแยกตัวออกเป็นเอกเทศเหมือนอย่างการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

(1.3) องค์การของราชการส่วนท้องถิ่น

สำหรับประเทศไทยนั้นมีการจำแนกหน่วยราชการส่วนท้องถิ่นออกเป็น 5 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด ,เทศบาล ,องค์การบริหารส่วนตำบล , กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ซึ่งส่วนราชการเหล่านี้มีสภาพบุคคลตามกฎหมายที่จัดระเบียบองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ตามหลักการกระจายอำนาจการปกครอง (Decentralization) มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการในท้องถิ่นนั้น โดยมีเจ้าหน้าที่และงบประมาณของตนเอง

(1.4) รัฐวิสาหกิจที่ดั่งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

รัฐวิสาหกิจ ซึ่งจะมีสถานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง จะต้องจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ซึ่งรวมถึงพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาด้วย ตัวอย่างเช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ,องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ จัดตั้งขึ้นพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ.2519 จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายเอกชน

(1.5) หน่วยงานอื่นของรัฐ

หน่วยงานอื่นของรัฐ หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง องค์การของราชการส่วนภูมิภาค องค์การของราชการส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และไม่ใช่อำนาจที่ดั่งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ได้แก่

(1.5.1) องค์การมหาชน เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งไม่ใช่ส่วนราชการ หรือ รัฐวิสาหกิจ มีลักษณะเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งมีความอิสระและความคล่องตัวในการบริหารจัดการ มีงบประมาณของตนเองและดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่กำหนด เช่น ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย , การกีฬาแห่งประเทศไทย เป็นต้น¹³⁹

(1.5.2) องค์การของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Administrative Organization) เป็นองค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจของรัฐ ซึ่งมีสถานะพิเศษ โดยมีหลักประกันให้สามารถปฏิบัติงานได้อย่างอิสระ ได้แก่ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ , คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ทั้งนี้ รวมถึง หน่วยงานที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือ ตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อดำเนินการทางธุรการ เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น

(1.6) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง หมายถึง องค์กรวิชาชีพ หรือหน่วยงานเอกชน ซึ่งไม่ใช่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ และไม่ใช่วิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และมีลักษณะในการดำเนินการโดยการใช้อำนาจทางปกครอง

การใช้อำนาจทางปกครอง โดยหลักเป็นการใช้อำนาจโดยรัฐหรือฝ่ายปกครอง เป็นอำนาจเหนือกว่าฝ่ายเอกชนตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อบุคคลหรือคณะบุคคล โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี อย่างไรก็ตาม รัฐหรือฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจทางปกครองในการมอบหมายให้เอกชนมีอำนาจในการใช้อำนาจทางปกครองหรือให้เอกชนดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวม หรือเพื่อทำหน้าที่แทนรัฐในบางกิจการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

¹³⁹ "องค์การมหาชนคืออะไร," updated กันยายน 2548,

(1) องค์กรวิชาชีพ เช่น ครูสภา

(2) หน่วยงานเอกชน ซึ่งไม่ใช่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ และไม่ใช่รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง อาจจะเป็นบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้

ข.องค์ประกอบด้านประเภทหรือเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง

ลักษณะสำคัญของสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายอีกประการหนึ่ง คือ สัญญาทางปกครองจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้มีการบัญญัติลักษณะของสัญญาทางปกครองในเรื่องประเภทหรือเนื้อหาแห่งสัญญาไว้ คือ สัญญาทางปกครองต้องเป็นสัญญาที่จัดอยู่ใน 4 ประเภท ดังต่อไปนี้ คือ

1. สัญญาสัมปทาน หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีสิทธิ

ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในกำหนดระยะเวลา โดยอาศัยทุนของฝ่ายเอกชนในการดำเนินการ และฝ่ายเอกชนผู้ได้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการนั้น ทั้งนี้ฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยในผลอันเกิดจากการดำเนินการนั้นด้วยตนเอง¹⁴⁰ สัญญาสัมปทานซึ่งฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิดำเนินการ จะต้องไม่เป็นกิจการอันเกี่ยวกับความมั่นคงหรือการรักษาความสงบของประเทศ เช่น ดำรวจ หรือทหาร จะมีการให้สัมปทานเป็นผู้ดำเนินการมิได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของการบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภค การคมนาคม อันเป็นกิจกรรมในทางเศรษฐกิจเป็นหลัก เช่น สัญญาสัมปทานรถไฟฟ้าย่านบีทีเอส สัญญาสัมปทานทางหลวง สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547) เป็นต้น

2. สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ สัญญาทางที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ “โดยตรง” ทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือองค์กรอื่น โดยให้บุคคลอื่นหรือองค์กรอื่นผู้เป็นคู่สัญญา เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครองหรือร่วมกันกับหน่วยงานทางปกครองจัดทำบริการสาธารณะ โดยหน่วยงานทางปกครอง

¹⁴⁰ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 146 อ้างใน ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, ed. 9 (สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), หน้า 62.

ให้ค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ เป็นการตอบแทน¹⁴¹ สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ มีลักษณะคล้ายกับสัญญาสัมปทานในส่วนของกรให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน แต่จะแตกต่างกันในเรื่องค่าตอบแทน สำหรับสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาจะได้รับค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการ แต่ในสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ คู่สัญญาจะได้รับค่าตอบแทนในรูปของเงินหรือสิทธิประโยชน์จากรัฐ

ทั้งนี้ หากปรากฏว่าการจัดทำสัญญานั้น มิใช่หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ “โดยตรง” ของหน่วยงานทางปกครองแล้ว สัญญานั้นจะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาซื้อขายอุปกรณ์ทั่วไป ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายจัดหาและเพียงส่งมอบทรัพย์สินแก่หน่วยงานทางปกครอง สัญญาในลักษณะนี้เป็นเพียงการทำสัญญาเพื่อใช้ในกิจการของหน่วยงานเท่านั้น ไม่ใช่สัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง

3. สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีคำวินิจฉัยปี พ.ศ.2545 วางหลักถึงลักษณะของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ไว้ว่าต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ ประการแรก คือ สิ่งสาธารณูปโภคต้องเป็น “อสังหาริมทรัพย์” หรือสิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ และประการที่สอง คือ ต้องเป็นสิ่งที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือหน่วยงานทางปกครองต้องใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สะพานลอย เขื่อน เป็นต้น โดยสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคนั้น จะรวมถึง ขั้นตอนการออกแบบการก่อสร้าง การควบคุมการก่อสร้าง ตลอดจนการซ่อมแซมสิ่งเหล่านี้ด้วย (แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 47/2557)

4. สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยหลักทรัพยากรธรรมชาติ ถือเป็นทรัพยากรที่ประชาชนใช้ร่วมกันหรือทรัพยากรของชาติ โดยมีรัฐเป็นผู้ควบคุมดูแล ดังนั้น เพื่อให้การใช้ทรัพยากรธรรมชาติของประเทศได้รับการควบคุมดูแล หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการดูแลทรัพยากรธรรมชาติในด้านต่างๆ จึงเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้เอกชนนำทรัพยากรธรรมชาติแต่ละประเภทไปใช้ได้ โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายซึ่งให้อำนาจไว้ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยเอกชนผู้ได้รับอนุญาตต้องจ่ายค่าตอบแทนจากการใช้

¹⁴¹ นิรัชรา พงศ์อาจารย์, "ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย". หน้า 123.

ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติให้แก่หน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 140/2548 และ 143/2548)

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมดินนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่อย่างใด เป็นเพียงสัญญาแสวงหาประโยชน์ของเอกชนเฉพาะรายในทรัพยากรธรรมชาติของรัฐเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สัญญานี้ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยข้อกำหนดของกฎหมาย

3.1.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพในประเทศไทย

การพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยสภาพในระบบกฎหมายไทย เป็นการพิจารณาลักษณะความเป็นสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยหลักเกณฑ์การตีความตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยข้อกำหนดของกฎหมาย ประกอบด้วย 2 หลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. การพิจารณาคู่สัญญา

การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองไทยจะพิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์ขั้นแรก คือ สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือเป็นเอกชนซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการหรือกระทำการแทนรัฐซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

1. คู่สัญญาซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

ในกฎหมายไทย ยึดหลักตามทฤษฎีที่ว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย หรือเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้น¹⁴² นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจึงเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติให้มีขึ้น มีอำนาจหน้าที่และอาจสิ้นไปได้โดยผลของกฎหมายมหาชนอันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น องค์การของรัฐบาล เช่น องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย (อสมท.)¹⁴³ เป็นต้น

¹⁴² ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 97-98

¹⁴³ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 132-140.

2. การพิจารณาวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญา

การบัญญัติกฎหมายในเรื่องลักษณะของสัญญาตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นไม่ได้เป็นบทจำกัดว่าสัญญาทางปกครองจะมีได้แต่เฉพาะสัญญาที่เข้าลักษณะตามกฎหมายข้างต้นเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า...” ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเปิดช่องให้ศาลปกครองสามารถพิจารณาวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่นได้ ปรากฏตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม 2544 ซึ่งได้กำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมไว้ 2 ประเภท ดังนี้

2.1 สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

การตีความสัญญาทางปกครองของศาลปกครองไทยในการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง ได้รับอิทธิพลทางความคิดส่วนใหญ่มาจากหลักว่าด้วยบริการสาธารณะตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹⁴⁴ ปรากฏตาม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 103/2557 สัญญาซื้อขายมันสำปะหลัง เพื่อส่งออกนอกราชอาณาจักร ในโครงการแทรกแซงตลาดมันสำปะหลัง ปี 2551/52 ระหว่างองค์การคลังสินค้ากับเอกชน เป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อช่วยเหลือเกษตรกรผู้ปลูกมันสำปะหลังในการจัดหาตลาดเพื่อระบายสินค้าที่รับจําจากเกษตรกรไปยังต่างประเทศในเวลาที่กำหนด จึงเป็นการเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

¹⁴⁴ จากรายงานการประชุมเชิงปฏิบัติการข้าราชการศาลยุติธรรม ศาลทหาร ศาลปกครอง และบุคลากรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการ ยุติธรรม เรื่อง ปัญหาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง: การตีความของศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลในวันศุกร์ที่ 23 สิงหาคม 2556 หน้า 63 อ้างใน นิรัชรา พงศ์อาจารย์, "ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย". หน้า 127.

2.2 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

เกณฑ์การพิจารณาเรื่องข้อกำหนดหรือข้อตกลงที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางปกครอง ถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งจะถือหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” คือ ข้อกำหนดในสัญญาจะผูกพันคู่สัญญา การเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาหรือการเลิกสัญญาจะต้องกระทำโดยความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่ายหรือโดยข้อกำหนดของกฎหมาย จะบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องผูกพันในข้อตกลงที่ไม่ได้มีการตกลงยินยอมไม่ได้ ซึ่งต่างกับหลักในสัญญาทางปกครอง ซึ่งถือหลักในเรื่อง “ทฤษฎีบริการสาธารณะ” ที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ในทางเอกชนรายใดรายหนึ่งหรือเอกชนคู่สัญญา ตาม “หลักความต่อเนื่อง” “หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ” และ “หลักความเสมอภาค” ซึ่งได้รับอิทธิพลความคิดนี้จากระบบกฎหมายฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐตามแนวศาลปกครองของไทยนั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจะมีขึ้นก็เพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเห็นว่า เอกสิทธิ์ดังกล่าวฝ่ายปกครองมีขึ้นได้ แม้จะไม่ปรากฏชัดเจนว่ามีความเกี่ยวข้องกับ “บริการสาธารณะ” ก็ได้ ทั้งนี้ หากว่าสัญญาดังกล่าวมี “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏเป็นปกติในสัญญาทางแพ่งและเป็นข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองอย่างมาก” (une clause exorbitant du droit commun (civil)) สัญญานั้นยังคงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁴⁵

ทั้งนี้ ภายใต้ทฤษฎีบริการสาธารณะ ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล จึงเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่มีอำนาจเหนือคู่สัญญา

¹⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, แนวคิดและหลักการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง “สัญญาของรัฐกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล” วันพุธที่ 12 กันยายน 2550 ณ ห้องพิมานเมฆ โรงแรมเดอะแกรนด์ ออชญา บางกอก กรุงเทพมหานคร, หน้า 5 อ้างอิงใน รายงานประจำปี 2555 เรื่องปัญหาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง : การตีความของศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล หน้า 64 แหล่งที่มา <https://oscj.coj.go.th/th/file/get/file/20190215d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e093042.pdf>

ฝ่ายเอกชน เพราะถือว่าประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชนเฉพาะราย ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาฝ่ายปกครอง เกิดเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่สำคัญ ได้แก่

1. เอกสิทธิ์หรืออำนาจในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เป็นอำนาจตามหลักกฎหมายทั่วไป¹⁴⁶ของสัญญาทางปกครองตามแนวคิดสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส โดยไม่จำเป็นต้องมีการระบุข้อกำหนดในสัญญาให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวไว้ และไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองสามารถทำได้ แม้ไม่มีเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดสัญญาก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ได้จะต้องอยู่ภายใต้หลักความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวม ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะต้องไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งจะมีผลให้การแก้ไขสัญญานั้นเป็นการทำสัญญาใหม่แทนสัญญาฉบับเดิม อย่างไรก็ตาม การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวที่เป็นการเพิ่มภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือแก้ไขสัญญาให้เอกชนต้องเสียหายโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยเช่นกัน ปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544¹⁴⁷

แม้ในกฎหมายไทยแม้จะมีความพยายามนำหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการวางหลักกฎหมายของไทยในเรื่องนี้ แต่จากแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองไทยที่ผ่านมา

¹⁴⁶ความเห็นของนักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ส่วนใหญ่เห็นว่า อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ M. HAURIOU ศาสตราจารย์ PÉQUIGNOT โปรดดู นูปผา อัครพิมาน, "ผลของสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," รวมบทความทางวิชาการเล่ม ๑ : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ .หน้า 11-12.

¹⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 มีข้อเท็จจริงและสาระสำคัญโดยย่อ คือ สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ โดยมีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำงานพิเศษเพิ่มเติม แม้ไม่ได้ระบุในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่มีสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ที่ตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล สัญญาเช่นนี้เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่พบในสัญญาแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ยังไม่อาจสรุปได้แน่ชัดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในด้านเนื้อหาเพียงประการเดียวว่าจะสามารถเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2554 ,คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่), คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547 และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 234/2553

3.2 แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

การแก้ไขสัญญาส่วนราชการในประเทศไทยที่ผ่านมา ปรากฏหลักกฎหมายกำหนดเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 129 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า สัญญาที่ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เว้นแต่ มีความจำเป็นโดยไม่ทำให้ราชการเสียหายหรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ และตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 97¹⁴⁸ ซึ่งวางหลักว่า สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่

¹⁴⁸ มาตรา 97 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณี ดังต่อไปนี้
ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณานุมัติให้แก้ไขได้

- (1) เป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า
- (2) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียหาย
- (3) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ
- (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียหายหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

การแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลด ระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อเพิ่มวงเงิน เมื่อรวมวงเงินตามสัญญาหรือข้อตกลงเดิม และวงเงินที่เพิ่มขึ้นใหม่แล้ว หากวงเงินรวมดังกล่าวมีผลทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเปลี่ยนแปลงไป จะต้องดำเนินการให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินรวมดังกล่าวเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญา หรือข้อตกลงด้วย

ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อลดวงเงิน ให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง ตามวงเงินเดิมเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง

ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ เป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า หรือมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาซึ่งไม่ทำให้รัฐเสียประโยชน์ หรือการแก้ไขสัญญานั้นเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หรือการแก้ไขซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ จะเห็นว่า การแก้ไขสัญญาทางราชการของไทยนั้นอาศัยหลัก สัญญาที่ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เว้นแต่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้ให้ข้อพิจารณาในการแก้ไขสัญญาของรัฐไว้สรุปได้ ดังนี้¹⁴⁹

1. ก่อนการแก้ไขสัญญา ต้องมีการเจรจากันระหว่างคู่สัญญา

2. การแก้ไขสัญญาของรัฐนั้น ต้องพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญานั้น ต้องเป็นกรณีจำเป็น และต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการหรือไม่ทำให้ราชการต้องเสียประโยชน์ และต้องคำนึงถึงความถูกต้องเป็นธรรมแก่ผู้เสนอราคาแข่งขันรายอื่นประกอบด้วย (คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือที่ 1/2535) ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป สามารถแยกองค์ประกอบในการพิจารณาได้ ดังนี้

2.1 กรณีการแก้ไขสัญญาของรัฐโดยความจำเป็น

2.1.1 การแก้ไขสัญญา โดยความจำเป็นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แม้มิใช่เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ แต่ก็จำเป็นต้องพิจารณาว่าการแก้ไขสัญญานั้นมีความจำเป็นตามเหตุผลของข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย

2.1.2 การแก้ไขสัญญา โดยความจำเป็นของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามมติคณะรัฐมนตรี ภายหลังจากการลงนามในสัญญา เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างทางพิเศษสายบางพลี-สุขสวัสดิ์ (บางพลี-บางขุนเทียน) ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ลงนามตั้งแต่ปี พ.ศ.2547

2.2 กรณีเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการหรือไม่ทำให้ราชการต้องเสียประโยชน์

การพิจารณาการแก้ไขสัญญาของรัฐนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการหรือไม่ทำให้ราชการต้องเสียประโยชน์ ต้องพิจารณาว่าประเด็นที่จะขอแก้ไขนั้น ส่งผลหรือกระทบต่อความเป็นธรรมของผู้เสนอราคารายอื่นหรือไม่ ราคาจ้างหรือค่าสิ่งของตามสัญญา ส่วนแบ่งรายได้ที่กำหนดไว้ในสัญญา รวมทั้งเจตนารมณ์ของสัญญา การลดภาระหน้าที่

¹⁴⁹ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2554). หน้า 158-160

ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือเพิ่มขยายระยะเวลาการใช้สิทธิตามสัญญา การลดความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ในสัญญา เป็นต้น

3.การบริหารสัญญาโดยการแก้ไขสัญญา เป็นกรณีที่ผู้ขายส่งของไม่ถูกต้องตามสัญญา แต่ส่วนราชการผู้ซื้อประสงค์จะรับของไว้ใช้ในราชการต่อไป ส่วนราชการคู่สัญญานั้นจึงต้องดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

3.2.1 การแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยความยินยอมของคู่สัญญาในประเทศไทย

แม้สัญญาทางปกครอง จะเป็นสัญญาที่มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากสัญญาทางปกครองนั้น มุ่งเน้นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะมากกว่าผลประโยชน์ในทางเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครอง ก็อยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานในเรื่องสัญญาทางแพ่ง ในลักษณะที่ไม่เป็นปฎิบัติกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง ดังนั้นสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันแล้ว ย่อมต้องผูกพันตนตามสิทธิและหน้าที่ในสัญญานั้น ในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง หากคู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงยินยอมร่วมกัน สัญญาทางปกครองนั้นย่อมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ตามหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยจะต้องคำนึงถึงหลักการทางมหาชนในเรื่องบริการสาธารณะด้วย

3.2.2 การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศไทย

หลักกฎหมายมหาชนในเรื่องสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง อันเป็นผลมาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง ที่มีขึ้นเพื่อมุ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ทางมหาชน ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษบางประการเหนือกว่าคู่สัญญาเอกชน ในขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะต้องยินยอมรับภาระบางประการเพิ่มขึ้น และไม่มีสิทธิในการใช้เอกสิทธิ์ในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องผูกพันตามการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมต้องได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากการนั้นด้วย

การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศไทย สามารถพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

3.2.2.1 กรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปกระทบต่อการปฏิบัติการตามสัญญาอย่างร้ายแรงถึงขนาดทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้

กรณีที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปหรือมีสถานการณ์ที่กระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองอย่างร้ายแรง ในทางปฏิบัติคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะขอยกเลิกสัญญา มากกว่าที่จะขอแก้ไขสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญนั้นมีลักษณะเป็นการทำสัญญาใหม่ แต่หากฝ่ายปกครองไม่ยินยอมยกเลิกสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกสัญญาได้ ซึ่งศาลปกครองมีแนวโน้มยินยอมรับว่าศาลปกครองมีอำนาจสั่งยกเลิกสัญญาในลักษณะที่กล่าวมาได้ เพื่อไม่ให้กระทบต่อบริการสาธารณะและเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน¹⁵⁰

3.2.2.2 กรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปไม่กระทบต่อการปฏิบัติการตามสัญญาอย่างร้ายแรง แต่เป็นเพียงทำให้ประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนลดน้อยลง

โดยหลักแล้ว ในการตกลงเข้าทำสัญญา คู่สัญญาต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงและจะต้องคาดหมายได้ถึงการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นในทางธุรกิจในอนาคตก่อนตกลงเข้าทำสัญญา และเมื่อตกลงเข้าทำสัญญาแล้ว ย่อมเป็นผลให้คู่สัญญาต้องผูกพันตามข้อตกลงตามสัญญา อย่างไรก็ตาม หากเกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังทำสัญญา ซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับประโยชน์น้อยลง หรือเสียประโยชน์เพิ่มมากขึ้น แต่ไม่ถึงขนาดทำให้การปฏิบัติตามสัญญาสิ้นสุดไป ในกรณีนี้ หากคู่สัญญาเสนอขอแก้ไขสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายปกครองยินยอมรับข้อเสนอกับเปลี่ยนแปลงนั้น การแก้ไขสัญญานั้นย่อมเกิดขึ้นได้ตามหลักความผูกพันตามเจตนาของคู่สัญญา แต่หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ยินยอมแก้ไขสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีเอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องยินยอมแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองยึดหลักประโยชน์ในทางมหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน

¹⁵⁰ พลกุล, "สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย."

ทั้งนี้ กรณีจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะมีอำนาจในการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลปกครองแก้ไขข้อสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลปกครองที่วางหลักไว้ ความว่า กรณีการแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาหรือคู่กรณีฝ่ายเอกชนฝ่ายเดียวนั้น ศาลปกครองไม่มีอำนาจแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ เนื่องจากการขอให้ศาลปกครองบังคับให้นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ พิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง คือ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่)

คดีนี้ บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี ฟ้องคดีต่อศาลปกครองว่า ได้รับความเสียหายหรืออาจเดือดร้อนเสียหายจาก ข้อพิพาทตามสัญญาร่วมงานและร่วมทุน ขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมาย รวมทั้งสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงแนบท้ายและบันทึกความเข้าใจต่างๆ ที่ทำกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ข้อสัญญาหลายข้อที่กำหนดไว้ในสัญญาร่วมงานฯ เช่น ข้อสัญญาในเรื่องการให้บริการและการตลาด ได้กำหนดขึ้นโดยอ้างอิงหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดี และในฐานะที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจเหนือผู้ฟ้องคดีในการกำหนดข้อสัญญา เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจต่อรอง ทั้งนี้ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 ผลของกฎหมายดังกล่าวทำให้สถานะขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี เปลี่ยนแปลงไปจากผู้มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม เป็นเพียงผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่งเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะอ้างอำนาจตามสัญญาร่วมงานฯ ในการกำกับดูแลผู้ฟ้องคดีในลักษณะใช้อำนาจไม่เป็นธรรม กีดกันการแข่งขัน ซึ่งกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีตามรัฐธรรมนูญ และข้อสัญญาร่วมงานฯ บางข้อไม่ชอบด้วยมาตรา 29 มาตรา 50 และมาตรา 57 และขัดหรือแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม ที่ต้องการให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม

ดังนั้น บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี จึงได้ขอให้ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี แก้ไขสัญญาร่วมงานฯ ในประเด็นซึ่งมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

- (1) ให้แก้ไขข้อสัญญาที่ขัดต่อหลักการแข่งขันเสรี
- (2) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีงดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญาร่วมการงานฯ จนกว่าจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เช่น งดเว้นการใช้สิทธิตาม ข้อ 13 ก. วรรคสี่ โดยให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเช่าวงจรทางไกลของผู้อื่นนอกจากของผู้ถูกฟ้องคดี สามารถสร้างและใช้วงจรทางไกลได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถูกฟ้องคดี งดเว้นการใช้สิทธิตามสัญญาร่วมการงานฯ ข้อ 17 โดยให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิดำเนินการส่งเสริมการขาย ปรับปรุง พัฒนารูปแบบบริการเพื่อส่งเสริมการขาย และให้ผู้ฟ้องคดีมีดุลยพินิจกำหนดราคาค่าบริการต่างๆ ได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น
- (3) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีถือปฏิบัติต่อสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมการงานฯ ภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 บนหลักการแข่งขันอย่างเสรีภาพ เท่าเทียมและเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ
- (4) กรณีที่ศาลไม่มีคำพิพากษาตามข้อ (1) ถึง (3) ขอให้ศาลแต่งตั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม เพื่อทำหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาร่วมการงานฯ และตามกฎหมายแทนผู้ถูกฟ้องคดี จนกว่าคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมการงานฯ

ศาลปกครองชั้นต้น พิจารณาแล้วมีคำพิพากษาว่า สัญญาร่วมการงานฯ นี้ เป็นสัญญาทางปกครอง และคดีนี้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามนัย มาตรา 3 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 คู่สัญญาที่มีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองให้ศาลกำหนดคำสั่งบังคับให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติได้ เฉพาะการขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายใช้เงินส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามสัญญาทางปกครอง หรือกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองกำหนด ไม่ได้หมายรวมถึง การขอให้ศาลกำหนดคำสั่งที่มีผลให้ผู้สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแก้ไข ยกเลิก หรือจัดทำสัญญาทางปกครองขึ้นใหม่ คำขอที่ผู้ฟ้องคดีให้ศาลแก้ไขสัญญาตามข้างต้น จึงเป็นคำขอให้ศาลกำหนดคำสั่งที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้ และจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น โดยกล่าวอ้างว่าไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เนื่องจากภายหลังทำสัญญาร่วมการงานฯ ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานในการก่อสิทธิเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญหลายประการ ซึ่งผู้ฟ้องคดีไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ ได้วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดี โดยพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตามสัญญาร่วมการงานฯ คือ องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นรัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 สัญญาร่วมการงานฯ จึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และสัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานและสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง และคำขอที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำสั่งให้แก้ไขสัญญาร่วมการงานฯ นั้น ถือได้ว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดค้ำประกันแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามสัญญาร่วมการงานฯ เพื่อให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาร่วมการงานฯ ซึ่งการยุติข้อโต้แย้งในสัญญาตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีในขณะนี้ ไม่อาจมีค้ำประกันของศาลปกครองตาม มาตรา 72 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองสูงสุดจึงวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง มีคำสั่งยืนตามศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

จากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำฟ้องที่ขอให้ศาลปกครองแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญนั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับฟ้องได้ เนื่องจากเป็นการขอให้ศาลปกครองบังคับนอกเหนือไปจากอำนาจของศาลปกครองซึ่งจะบังคับให้ได้ตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขแดงที่ 646/2545)

คดีนี้ บริษัท โทเทิล แอ็ลเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) หรือ ดีแทค (DTAC) หรือ ดีพ ร็อม (Dprompt) ผู้ฟ้องคดี เป็น นิติบุคคลประเภทบริษัทมหาชนจำกัด ฟ้อง องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) กับพวก กล่าวคือ บริษัท โทเทิล แอ็ลเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) หรือ ดีแทค(DTAC) หรือ ดีพ ร็อม (Dprompt) ผู้ฟ้องคดี ได้รับการคัดเลือกและทำสัญญาให้เป็นผู้ดำเนินการบริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ระบบ NMT 900 และ GSM และขยายเครือข่าย

การให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ ซึ่งการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ให้บริการอยู่แล้วได้ทั่วประเทศ ตามสัญญาเลขที่ 3/2533 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 ต่อมา องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) กับพวก ผู้ถูกฟ้องคดี ได้อนุญาตให้ เอ.ไอ.เอส เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาจัดให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เช่นเดียวกัน แต่มีข้อสัญญาแตกต่างจากสัญญาของผู้ฟ้องคดีอย่างชัดเจนทำให้เกิดความสับสนแก่ประชาชนผู้ใช้บริการ และก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบ และเกิดความไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการปรับปรุงหรือขยายการบริการให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึง ดังนั้น กระทรวงคมนาคมจึงมีแนวคิดที่จะปรับเปลี่ยนบริการของโทรศัพท์ทั้งสองระบบให้เหมือนกัน คือ มีการบริการและคิดอัตราค่าบริการที่เหมือนกัน และเนื่องจากสัญญาสัมปทานของผู้ฟ้องคดี กับ เอไอเอส และ กสท. มีข้อกำหนดเงื่อนไขพื้นฐานของสัญญาที่แตกต่างกัน เมื่อปรับเข้าสู่ระบบเดียวกัน จะส่งผลให้มีผู้ได้เปรียบเสียเปรียบจากสถานะเดิมที่ปฏิบัติตามสัญญามากขึ้น ซึ่งโดยหลักแล้วต้องมีการแก้ไขสัญญาสัมปทานของผู้ฟ้องคดี และเอไอเอส เพื่อให้อยู่บนเงื่อนไขของสัญญาระดับเดียวกัน

ต่อมา จึงมีการเจรจาทำความตกลงกัน ระหว่าง ผู้ฟ้องคดี และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ขอยุติให้ การสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) และผู้ฟ้องคดี จะชดเชยผลประโยชน์ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังนั้น ในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2537 จึงมีการลงนามในข้อตกลงระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับ การสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) และมีผู้ฟ้องคดีลงนามยอมรับปฏิบัติตามข้อตกลง ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียเปรียบ โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีจำต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และผู้ฟ้องคดีต้องยอมจ่ายค่าตอบแทนในการเชื่อมโยงเครือข่าย เนื่องจากในขณะนั้นประเทศไทยไม่มีกฎหมายหรือกฎระเบียบปฏิบัติใดๆที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการเชื่อมต่อเครือข่ายโทรคมนาคมไว้เป็นการเฉพาะ และมีการทำข้อตกลงคิดค่าเชื่อมโยงเครือข่ายโทรศัพท์ (Dprompt) ฉบับลงวันที่ 2 เมษายน 2544 อีกฉบับ

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าข้อตกลงทั้งสองฉบับข้างต้น ไม่เป็นไปตามหลักการคิดตอบแทนในการเชื่อมต่อเครือข่ายโทรคมนาคมแบบสากล ประกอบกับมีกฎหมายใหม่เกิดขึ้น นั่นคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าข้อตกลงทั้งสองฉบับไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ขัดต่อหลักการแข่งขันโดยเสรีภาพอย่างเป็นธรรม และไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงได้ฟ้องเป็นคดีต่อศาลโดยขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาและกำหนดค่าบังคับ ให้มีการแก้ไขข้อตกลงทั้งสองฉบับให้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ให้มีการดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความเท่าเทียม เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และยกเลิกข้อตกลงทั้งสองฉบับและทำข้อตกลงใหม่ให้สอดคล้องกับกฎหมาย และในระหว่างเจรจาตกลงให้มีการใช้หลักปฏิบัติชั่วคราว และขอให้ระหว่างเจรจา ให้ศาลออกคำสั่งระงับการดำเนินการตามมติการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.)

ศาลปกครองได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องอำนาจรับฟ้องของศาลปกครองไว้ ดังนี้ คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดี คือ องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และ การสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ มีอำนาจให้หน้าที่ดำเนินการโทรคมนาคม จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ส่วนผู้ฟ้องคดี เป็นเป็นคู่สัญญาร่วมการทำงานและการลงทุนในการจัดให้มีบริการวิทยุคมนาคมฯ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ได้จัดทำข้อตกลงร่วมกัน ฉบับลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2537 และฉบับลงวันที่ 2 เมษายน 2544 โดยที่ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบและยอมรับปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว แม้ข้อตกลงดังกล่าวจะไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม การที่คู่สัญญาทางปกครองที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติได้ ก็เฉพาะแต่การที่ขอให้ศาลสั่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินหรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ตามที่สัญญาทางปกครองหรือกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติเท่านั้น การที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขข้อตกลงให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย และยกเลิกข้อตกลงที่เห็นว่าขัดกับกฎหมาย และทำข้อตกลงใหม่ให้สอดคล้องกับกฎหมาย และให้ใช้หลักปฏิบัติชั่วคราวตลอดจนให้ผู้ถูกฟ้องคดีระงับการตัดการเชื่อมโยงเครือข่ายโทรคมนาคมตามมติคณะกรรมการโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ล้วนแต่เป็นคำขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาลที่กำหนดไว้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ ศาลปกครองจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองทั้งสองคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองไทยได้วินิจฉัยว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครอง จะขอให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาทางปกครองให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเปลี่ยนแปลงไปไม่ได้ เนื่องจากศาลปกครองเห็นว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอให้แก้ไขสัญญานั้น เป็นการขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับที่ไม่มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา นั้นหมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจขอให้ศาลปกครองบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ จะกระทำได้อีกแต่โดยเฉพาะกรณีการขอให้บังคับให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินหรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามที่สัญญาทางปกครองหรือกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติเท่านั้น

3.2.3 การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองในประเทศไทย

อำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในประเทศไทยนั้นสามารถพิจารณาได้ในกรณีดังนี้

3.2.3.1 การบัญญัติอำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ในบทกฎหมาย

การบัญญัติบทกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวได้ในประเทศไทยนั้น มีปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มาตรา 50 (2) (ซึ่งจะได้ศึกษาโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป)

3.2.3.2 การกำหนดอำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญา

การกำหนดอำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญาในประเทศไทยนั้น ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของสัญญาฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ตามระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งเห็นว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายย่อมต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในสัญญา ซึ่งเป็นข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ดังนั้นเมื่อมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวไว้ในข้อกำหนดของสัญญา ข้อกำหนดนั้นย่อมผูกพันคู่สัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เช่น สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน กรณีโครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน 224,544 ล้านบาท

ของกลุ่มกิจการร่วมค้า บริษัท เจริญโภคภัณฑ์โฮลดิ้ง จำกัด หรือซีพีและพันธมิตร กับ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ซึ่งในสัญญาร่วมลงทุนมีการระบุข้อสัญญาตอนหนึ่ง เกี่ยวกับอำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ ความเป็นข้อ 29¹⁵¹ แห่งสัญญานี้

3.2.3.3 แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งวางหลักให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ แม้ไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญา

กรณีที่ไม่มีการระบุในสัญญาว่าให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ และไม่มีข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญากำหนดไว้ อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองก็ยังคงมีอยู่ เนื่องจาก ในศาลปกครองไทยยอมรับว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น มาจากอำนาจทั่วไปของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีขึ้นได้แม้ไม่ได้กำหนดไว้ในข้อสัญญา แต่การแก้ไขสัญญาทางปกครองก็ยังคงอาศัยหลักพื้นฐานทางสัญญา คือ “หลักคู่สัญญาต้องเคารพต่อเจตนาของคู่สัญญา” “หลักกฎหมายทั่วไปในการทำสัญญา” ประกอบกับหลักคิดในทางมหาชน คือ “หลักบริการสาธารณะ” “หลักความจำเป็น” และ “หลักความเป็นธรรม” และยังคงคำนึงถึง “ดุลยภาพทางการเงิน” หรือความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ดังนั้น หากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย ฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายนั้นได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁵¹ ข้อ 29 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อความมั่นคงของประเทศ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือมีเหตุที่ทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักลง และเหตุการณ์ดังกล่าวมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และเมื่อ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย มีสิทธิใช้อำนาจเข้าป้ดำเนินการฯ เองทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว โดยอาจเป็นการสั่งให้เอกชนคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงงานตามข้อ 17.1 (3) หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นใดดำเนินการดังกล่าวก็ได้ หรือมีสิทธิสั่งให้มีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามข้อ 39.2 หรือมีสิทธิเลิกสัญญาร่วมลงทุนตามข้อ 30.2 ได้

ศาลปกครองไทยยอมรับเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว และยอมรับการปรับใช้ทฤษฎีหลักคุณลภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 148/2554 ซึ่งมีความตอนหนึ่งว่า

“...การที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยนั้น เป็นข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในอันที่จะแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษประการหนึ่งของสัญญาฝ่ายปกครอง แต่การใช้สิทธิของผู้ว่าจ้าง ดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาด้วย กล่าวคือโดยหลักแล้วคู่สัญญาต้องเคารพต่อเจตนาของคู่สัญญา ที่มีกำหนดไว้ในข้อสัญญา ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันขึ้น ต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อให้การบริการสาธารณะ สามารถดำเนินการได้อย่างต่อเนื่องหรือมิให้ประโยชน์สาธารณะต้องเสียไปเท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงจะมีสิทธิแก้ไขข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว และการแก้ไขข้อสัญญาดังกล่าวต้องคำนึงถึงคุณลภาพทางการเงิน...”

3.3 การแก้ไขสัญญาในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย

1.ความเป็นมาและแนวคิดของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ในอดีตที่ผ่านมา การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน จะเป็นการดำเนินการในกิจการด้านสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะต่าง ๆ ของรัฐ โดยเริ่มปรากฏชัดเจนในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยเริ่มมีการปฏิรูปประเทศครั้งใหญ่ โดยในปี พ.ศ. 2429 ได้มีการพระราชทานสัมปทานให้บริษัทเดนมาร์ก สร้างทางรถไฟสายกรุงเทพฯ – สมุทรปราการ มีลักษณะสำคัญ คือ การให้ผู้อนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการดำเนินการ และต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตัวเอง โดยผู้อนุญาตจะมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการให้บริการนั้น ๆ และผู้อนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้ผลประโยชน์แก่ผู้อนุญาต ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการให้สัมปทานในปัจจุบันนั่นเอง¹⁵² อันมีลักษณะเป็นการให้เอกชนเข้าทำประโยชน์ในกิจการ

¹⁵² สุรพงษ์ กลั่นประชา, "สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539). หน้า 108-115.

ของรัฐ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทั้งนี้ ภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย ใน พ.ศ.2475 พระราชอำนาจ ในการให้สัมปทานซึ่งเป็นของพระมหากษัตริย์ ก็เปลี่ยนเป็นรัฐเป็นผู้มีอำนาจให้สัมปทาน

อย่างไรก็ตาม สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นสัญญาที่มีผลต่อเศรษฐกิจในวงกว้าง และเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันในระยะเวลานาน การกำหนดข้อสัญญาให้สมบูรณ์เพื่อรองรับทุกสถานการณ์ย่อมกระทำไม่ได้โดยยาก ประกอบกับการที่สังคมเกิดการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ทั้งในด้านสภาพเศรษฐกิจ และปัจจัยอื่นๆ จึงอาจจะทำให้จำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไป อย่างไรก็ตาม การแก้ไขสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนในภายหลัง มักจะเป็นช่องว่างในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนเกิน ซึ่งอาจจะส่งผลเป็นการทำลายระบบการประมวลหรือการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้¹⁵³ และอาจจะส่งผลให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันได้โดยง่าย ดังนั้น การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนจึงจำต้องกระทำภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมาย และสามารถตรวจสอบได้ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ได้รับความเป็นธรรม และเพื่อเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ดำเนินการภายใต้ข้อจำกัดอำนาจแห่งกฎหมาย โดยที่ยังสามารถทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศชาติ

1.1 ความเป็นมาและแนวคิดของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนก่อนมีพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในตอนแรกนั้นจะอยู่รูปแบบของการให้สัมปทานจากรัฐให้เอกชนเข้าหาประโยชน์จากทรัพยากรของรัฐ มากกว่าการเข้าร่วมตกลงกันเป็นสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน ดังนั้น แนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2540 จึงไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่กล่าวถึงอำนาจหรือเอกสิทธิ์ โดยเฉพาะนี้ไว้ว่าเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่สำคัญในประเทศไทย ดังนี้

¹⁵³ "การปฏิรูปเศรษฐกิจเพื่อความเป็นธรรมในสังคม," 2557, <https://tdri.or.th/2014/05/a151/>[4.หน้า 136

1.1.1.พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471

พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ.2471 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การประกอบกิจการค้าขาย ที่เป็นสาธารณูปโภคในประเทศ จะทำไม่ได้ ถ้าไม่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากพระมหากษัตริย์¹⁵⁴ รัฐเป็นผู้ผูกขาดการประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคแต่เพียงผู้เดียว และ มีการกำหนดถึงประเภทของกิจการต่างๆ ที่ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคอัน ได้แก่ การรถไฟ รางรถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า ฯลฯ รวมทั้ง กำหนดถึงกิจการอื่นที่จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานก่อน เช่น กิจการประกันภัย ธนาการ เครดิตฟองซิเอร์ เป็นต้น ซึ่งภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 กฎหมายฉบับนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง โดยการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือการเปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจในการอนุญาตจากพระมหากษัตริย์มาเป็นรัฐบาล¹⁵⁵

1.1.2.ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ฉบับลงวันที่ 26 มกราคม 2515

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2515 โดยเหตุผลในการประกาศฉบับนี้ เป็นผลมาจากที่ในขณะนั้นมีการประกอบกิจการรับรองหรือรับซื้อตั๋วเงิน กิจการจัดหาเงินทุนเพื่อบุคคลอื่น และกิจการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ รวมทั้ง การเป็นตัวแทนหรือนายหน้าของกิจการดังกล่าวอย่างมาก และกิจการเหล่านั้น มีลักษณะเป็นกิจการค้าขาย ซึ่งกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนฉบับเดิมไม่มีบทบัญญัติควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าวข้างต้น¹⁵⁶

¹⁵⁴ เอกสารการประชุมชั่งช้อมและสร้างความเข้าใจ แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับบทเฉพาะกาลของร่างพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.กองส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ. 2562.

¹⁵⁵ "ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ," updated 7 เมษายน 2556, <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1840>.

¹⁵⁶ บทเกริ่นนำของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ทั้งนี้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ได้บัญญัติบทกฎหมายอันเป็นการห้ามไม่ให้บุคคลประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี¹⁵⁷ จะเห็นได้ว่า ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือกำหนดเงื่อนไข ในกิจการที่เอกชนได้รับสัมปทานหรือได้รับอนุญาตให้ดำเนินการอันเกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคได้¹⁵⁸ ในลักษณะการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐกำหนดเงื่อนไขต่อเอกชน โดยไม่มีการตกลงในลักษณะของสัญญา

1.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

การแก้ไขสัญญา “ก่อน” มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้น มีลักษณะเป็นการแก้ไขสัญญาเพื่อเอื้อประโยชน์อย่างมากต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นสาเหตุของการทุจริตคอร์รัปชัน ข้อเท็จจริงนี้ปรากฏตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 291/2550 ซึ่งทำให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจเสียประโยชน์ รวมทั้งทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดโทรศัพท์เคลื่อนที่¹⁵⁹

โดยที่คณะปฏิวัติพิจารณาแล้ว เห็นว่า การควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน และกฎหมายว่าด้วยการกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามกฎหมายดังกล่าว สมควรปรับปรุงรวมเป็นกฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติ อนึ่ง ปรากฏว่าในขณะนี้ได้มีผู้ประกอบการรับรองหรือรับซื้อตั๋วเงิน กิจการจัดหาเงินทุนเพื่อบุคคลอื่น และกิจการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ รวมทั้งการเป็นตัวแทนหรือนายหน้าของกิจการดังกล่าวมากยิ่งขึ้น และกิจการเหล่านี้มีลักษณะเป็นกิจการค้าขายซึ่งกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ แต่กฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน และกฎหมายว่าด้วยการกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามกฎหมายดังกล่าวที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ยังไม่มีบทบัญญัติควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าวข้างต้น สมควรกำหนดการควบคุมกิจการนั้นไว้ในกฎหมายที่ปรับปรุงใหม่เสียด้วยในคราวเดียวกัน

¹⁵⁷ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 3

¹⁵⁸ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 5 , ข้อ 6 และข้อ 7

¹⁵⁹ พัวพงศกร, "การปฏิรูปเศรษฐกิจเพื่อความเป็นธรรมในสังคม." หน้า 141

ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงและการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ได้กำหนดขั้นตอนของการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของโครงการไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้ในระหว่างอายุของสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ ได้มีแนววินิจฉัยและตีความโดยยึดเจตนารมณ์และกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนี้ กรณีที่เป็นโครงการที่ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว หากต่อมามีความจำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดการดำเนินการโครงการหรือแก้ไขสัญญา จะเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการประสานงานซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้จัดตั้งขึ้น ตามมาตรา 22¹⁶⁰ เป็นผู้พิจารณา¹⁶¹ ตามอำนาจหน้าที่ในมาตรา 23¹⁶² ของพระราชบัญญัติฉบับนี้

¹⁶⁰ มาตรา 22 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งไม่ใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

¹⁶¹ ธนกฤต วรธนัชชากุล, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 : กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการใช้บังคับกฎหมาย, สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงต่างประเทศ (2556) หน้า 16

¹⁶² มาตรา 23 ให้คณะกรรมการประสานงาน ตามมาตรา 22 มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

- (1) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา
- (2) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (2) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนดแต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

1.2 ความเป็นมาและแนวคิดของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนภายหลังมีพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

1.2.1 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

1.2.1.1 ความเป็นมา

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติเพียง 25 มาตรานั้น ทำให้กฎหมายเกิดความชัดเจนซึ่งนำไปสู่ปัญหาการตีความกฎหมายอย่างมาก จึงมีการปรับปรุงกฎหมายโดยการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ขึ้นใช้บังคับแทนโดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน 2556 ซึ่งการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556¹⁶³ มีวัตถุประสงค์ คือ การแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความกฎหมาย โดยการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่

¹⁶³ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอน และหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาประกอบกับ ในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอ แก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำ โครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการ สาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไป อย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีการเปิดเสรี ด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศ ในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

สำคัญลงในพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ครบถ้วน โดยเฉพาะ “การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา” เพื่อเกิดการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ มีหลักเกณฑ์ในการร่วมลงทุนที่โปร่งใส เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง และส่งเสริมสนับสนุนให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

1.2.1.2. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้ให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เห็นได้จากเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งระบุชัดเจนว่า “...กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535...มิได้มีการกำหนดขั้นตอน และหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา...” จึงเป็นเหตุให้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้มีการบัญญัติหลักการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติไว้ตามความในหมวด 7 การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่ มาตรา 74¹⁶⁴ แบ่งได้ 2 กรณี ดังนี้

¹⁶⁴ มาตรา 47 ในกรณีต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผล และความจำเป็นในการขอแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่มีสาระสำคัญ ให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน และรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแล เห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจสอบพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ ที่สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจสอบพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบ ต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อให้คำปรึกษาในการพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนได้

(ก) การแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

การแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น พิจารณาได้ตามความประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจในมาตรา 47 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2558 โดยที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ได้กำหนดเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ไว้ในข้อ 3 ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง การแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของโครงการ การเปลี่ยนแปลงขอบเขตของเนื้องาน การเปลี่ยนแปลงการให้บริการ หรือการเปลี่ยนแปลงการดำเนินโครงการ โดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในลักษณะที่กำหนดไว้ในข้อนี้จะต้องทำให้ผลลัพธ์ในเชิงการให้บริการสาธารณะตามเป้าประสงค์ เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม หรือเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(2) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ ซึ่งรวมถึง การเปลี่ยนแปลงผลประโยชน์ตอบแทนในรูปตัวเงิน หรือส่วนแบ่งรายได้ การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินของโครงการ และการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

(3) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการเปลี่ยนโครงสร้างองค์กร อันมีผลทำให้ไม่สามารถดำเนิน โครงการต่อไปได้

(4) การเปลี่ยนแปลงระยะเวลาของสัญญา

(5) การเปลี่ยนแปลงหลักประกันสัญญา

(6) การเปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการ หรือการเปลี่ยนแปลงคุณภาพการให้บริการ

ทั้งนี้ เห็นได้ว่า การแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้น เป็นการแก้ไขสัญญาในส่วนสำคัญของสัญญา อันจะส่งผลกระทบต่อเนื้อหาและหลักการสำคัญของสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ซึ่งจะมีผลให้ สัญญาที่แก้ไขในสาระสำคัญนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ อันจะต้องมีการดำเนินการในการพิจารณาสัญญานั้นใหม่ เสมือนการทำสัญญาฉบับใหม่ขึ้น

กรณีตามข้างต้นนั้นจะเป็นผลให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน และรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแล เห็นด้วยกับการแก้ไขให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจสอบพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงมีการบัญญัติถึงขอบเขตของการแก้ไขสัญญาไว้อย่างชัดเจน และมีกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยการกำหนดให้การแก้ไขสัญญาจะต้องเสนอข้อมูลต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาก่อน และเมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วจะต้องมีการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่แก้ไขแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาจึงส่งไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบต่อสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ต่อไป

(ข) การแก้ไขสัญญาในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

การแก้ไขสัญญาในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญนั้น อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าเป็นการแก้ไขสัญญาซึ่งไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การแก้ไขรายละเอียดเล็กน้อยของสัญญา ซึ่งไม่กระทบกับสาระสำคัญของสัญญา ไม่ทำให้เนื้อหาแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป ไม่กระทบต่อการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หลักประกัน หรืออัตราค่าบริการ ซึ่งส่งผลให้การเปลี่ยนแปลงในส่วนนี้ไม่มีการนำร่างสัญญาที่แก้ไขแล้ว ไปตรวจสอบโดยสำนักงานอัยการสูงสุด มีเพียงการให้คณะกรรมการกำกับดูแล พิจารณาการแก้ไขสัญญาในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไปเท่านั้น

1.2.2 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 11 มีนาคม 2562 โดยมีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งใช้บังคับได้เพียงประมาณห้าปีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การประกาศใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ เพื่อกำหนดขอบเขตของโครงการร่วมลงทุนให้อยู่ เฉพาะ โครงการร่วมลงทุนที่เกี่ยวกับ โครงสร้างพื้นฐานและ

บริการสาธารณะเท่านั้น เนื่องจากที่ผ่านมามีความโครงการร่วมลงทุนถูกตีความอย่างกว้าง เป็นเหตุให้โครงการเชิงพาณิชย์ไม่ว่าจะมีขนาดใหญ่หรือเล็ก ก็จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ด้วย รวมทั้งเพื่อให้ภาครัฐสามารถกำหนดมาตรการส่งเสริมการลงทุนได้อย่างเหมาะสม โดยมุ่งเน้น การจัดทำโครงการร่วมลงทุนให้คงกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้¹⁶⁵

1. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีการบัญญัติ บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน อยู่ในกฎหมายด้วยกัน 2 ส่วน คือ หมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ และ ในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในบทนี้

¹⁶⁵ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีบทบัญญัติในเรื่องของขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของ รัฐอย่างกว้างขวางอันส่งผลให้มีโครงการร่วมลงทุนที่ไม่ได้อยู่ในกิจการที่เกี่ยวข้องกับ โครงสร้างพื้นฐานและ บริการสาธารณะซึ่งเป็นการกิจการของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และ การยกระดับคุณภาพ ชีวิตของประชาชนที่รัฐประสงค์จะสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนต้องเข้ามาสู่กระบวนการ ตามกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ กฎหมายปัจจุบันยังไม่มีการสะท้อนถึงความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและ เอกชนที่ร่วมลงทุนใน โครงการของรัฐที่ชัดเจน ประกอบกับยังขาดมาตรการในการแก้ไขปัญหาระหว่างหน่วยงาน ของรัฐที่เกี่ยวข้อง และมาตรการส่งเสริมการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน อันส่งผลให้การดำเนินโครงการ มีความล่าช้าและ เอกชนยังไม่ให้ความสนใจที่จะเข้าร่วมลงทุนใน โครงการของรัฐเท่าที่ควร จึงมีความจำเป็น ต้องปรับปรุง กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจน และ แน่นนอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรค หรือ ความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการลงทุนให้แก่โครงการ ร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังโดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของ เอกชนรวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ในขณะที่เดียวกันหลักเกณฑ์ และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนยังคงกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้ จึงจำเป็นต้องตรา พระราชบัญญัตินี้

(ก) การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามบทบัญญัติในหมวด 4

ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่

บทบัญญัติในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ ได้บัญญัติถึง “หลักเกณฑ์” และ “กระบวนการ” ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน รวมทั้ง “กระบวนการตรวจสอบ” ร่างสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้ว ตลอดจนมีการกำหนดกระบวนการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนที่แตกต่างจากหลักการในสัญญาเดิม ปรากฏในมาตรา 46 และมาตรา 47 และมาตรา 48 ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

(1) หลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในหมวด 4 ส่วนที่ 4

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และกระบวนการในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ไว้ในมาตรา 46¹⁶⁶ และ 47 ซึ่งการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามความในส่วนนี้ กฎหมายได้กำหนดผู้มีอำนาจในการเสนอขอแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนไว้ นั่นคือ หน่วยงานฝ่ายปกครองเจ้าของโครงการ และกำหนดหลักเกณฑ์ในการเสนอขอแก้ไขโครงการไว้ว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ต้องประกอบด้วยเหตุผล และความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁶⁶ มาตรา 46 ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอ เหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ทั้งนี้ ให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขให้แล้วเสร็จ และส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไข

(2) การแก้ไขสัญญาโดยอาศัยความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

บทบัญญัติมาตรา 46 ได้กำหนดให้การแก้ไขสัญญาในส่วนนี้ต้องมีการเจรจากับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งพิจารณาตามความส่วนหนึ่งของมาตรา 46 ที่บัญญัติว่า อันแสดงให้เห็นว่า “...ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้ว...” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในส่วนนี้ มีลักษณะเป็นการแก้ไขสัญญาโดยอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่ได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญา

(3) การตรวจสอบร่างสัญญาร่วมลงทุน

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามบทบัญญัติในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ ในบทบัญญัติมาตรา 46 ได้กำหนดให้ต้องมีการนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฉบับแก้ไขที่ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามในสัญญา อันเป็นการกำหนดถึงกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้ อำนาจในการแก้ไขสัญญาภาครัฐไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน

(4) กระบวนการแก้ไขสัญญา

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในบทบัญญัติมาตรา 46 ได้กำหนดให้มี “กระบวนการในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจการแก้ไขสัญญา” ไว้ กล่าวคือ มีการกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องนำส่งร่างสัญญาซึ่งเสนอให้แก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแล ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามมาตรา 43¹⁶⁷ พิจารณาให้ความเห็นร่างสัญญานั้น อีกทั้ง ในมาตรา 47¹⁶⁸

¹⁶⁷ มาตรา 43 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในกระทรวงเจ้าสังกัดที่มีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการและมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าประเภทบริหารระดับต้น เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้แทนสำนักงานเป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

¹⁶⁸ มาตรา 47 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไขผลกระทบจากการแก้ไข ความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแล ร่างสัญญาร่วมลงทุน ฉบับแก้ไขที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบ การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขต่อไป

ยังกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอร่างสัญญาซึ่งผ่านกระบวนการตามมาตรา 46 แล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ก่อนการลงนามในสัญญาอีกด้วย ทั้งนี้หลักการนี้เป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแก้ไขสัญญาเป็นไปโดยอาศัยอำนาจจากหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งแต่เพียงหน่วยงานเดียว หรือเฉพาะแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการ ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาโดยมิชอบได้

อย่างไรก็ตาม หากการแก้ไขสัญญาตามบทบัญญัติในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ มีลักษณะเป็นการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนที่แตกต่างจาก หลักการในสัญญาเดิม หรือเปลี่ยนแปลงในเงื่อนไขสำคัญในสัญญาเดิม พระราชบัญญัติการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ก็ได้กำหนดขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขสัญญาเพิ่มเติม จากมาตรา 46 ไว้ ซึ่งพิจารณาได้ต่อไป

(5) การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนที่แตกต่างจากหลักการในสัญญาเดิม หรือเปลี่ยนแปลงใน เงื่อนไขสำคัญในสัญญาเดิม

การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามความในมาตรา 48¹⁶⁹ เป็นกรณี การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งคณะกรรมการกำกับดูแล เห็นว่า การแก้ไข

ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นชอบกับการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุน ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่ เห็นชอบ พร้อมทั้งกำหนดเวลาในการทบทวนการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุน

¹⁶⁹ มาตรา 48 ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลเห็นว่าการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนที่หน่วยงาน เจ้าของโครงการเสนอตามมาตรา 46 มีหลักการแตกต่างจากหลักการของโครงการร่วมลงทุนหรือ ทำให้เงื่อนไขสำคัญ ของสัญญา ร่วมลงทุนแตกต่างจากเงื่อนไขสำคัญของสัญญา ร่วมลงทุนที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติไว้ เมื่อรัฐมนตรี กระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนตามมาตรา 47 แล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้า สังกัดเสนอคณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนในส่วนที่แตกต่างจากที่ คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติไว้

เมื่อคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้คณะกรรมการ แจ้งผลการพิจารณาให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา โดยเมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติ การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนในส่วนที่แตกต่างจากที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติไว้ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลง นามในสัญญา ร่วมลงทุนฉบับแก้ไขต่อไป

สัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอนั้น (ซึ่งผ่านกระบวนการตามมาตรา 46 แล้ว) เป็นการขอแก้ไขสัญญาให้แตกต่างไปจากหลักการของโครงการร่วมลงทุนเดิม หรือ การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนนั้นทำให้เงื่อนไขสำคัญของสัญญาแตกต่างไปจากเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนที่ คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติไว้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ การแก้ไขสัญญานั้นเป็นการแก้ไขสัญญา ในสาระสำคัญ¹⁷⁰ของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน กฎหมายจึงกำหนดให้มีกระบวนการ เพิ่มเติม โดยให้คณะรัฐมนตรี เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่ แตกต่างจากที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากการแก้ไขสัญญาในส่วนที่ทำให้สัญญาที่ได้ แก้ไขนั้นแตกต่างไปจากเงื่อนไขสำคัญของสัญญาเดิมนั้น เป็นการแก้ไขสัญญาซึ่งส่งผลกระทบต่อ หลักการในสัญญา จนอาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นการทำสัญญาใหม่ได้

(ข) การแก้ไขสัญญาตามบทบัญญัติในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 นอกจากจะมี บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในหมวด 4 ส่วนที่ 4 ซึ่งเป็น กรณีที่คู่สัญญาทางปกครองตกลงแก้ไขสัญญาโดยอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่ายไว้แล้วนั้น

ในกรณีที่คณะกรรมการไม่เห็นชอบกับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่ เห็นชอบ พร้อมกำหนดเวลาในการทบทวนการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนเพื่อนำเสนอรัฐมนตรีกระทรวง เจ้าสังกัด อีกครั้งตามมาตรา 47

¹⁷⁰ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาและมีคำวินิจฉัย ในเรื่องการแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็น สาระสำคัญ ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไว้ ซึ่งอาจจะเป็นแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีข้างต้นได้ ดังนี้

เรื่องเสร็จที่ 488/2537 เรื่องการดำเนิน โครงการเชื่อมต่อทางสัมปทานสายดินแดง-ดอนเมือง คณะกรรมการกฤษฎีกา มีแนวคำวินิจฉัยว่า การแก้ไขสัญญาเพื่อต่อขยายเส้นทางสัมปทาน โดยมีได้มีสาเหตุเนื่องจากความจำเป็นที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ หรือเป็นความจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อให้ โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้ ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

เรื่องเสร็จที่ 625/2537 การแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาเดิม ถือเป็น “โครงการ ใหม่” อีกโครงการหนึ่ง

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า การแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญา เดิม ถือเป็นโครงการใหม่ ไม่ใช่การแก้ไขสัญญาในโครงการเดิมแต่อย่างใด

ยังได้มีการกำหนดอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ที่แสดงให้เห็นเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองไว้ในกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ มาตรา 50 (2) ความว่า

มาตรา 50 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักจนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ หน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีมีอำนาจพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างดังต่อไปนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

(1) เข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุนหรือมอบให้ผู้อื่นเข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุนเป็นระยะเวลาชั่วคราว

(2) แก้ไขสัญญาร่วมลงทุน

(3) บอกเลิกสัญญาร่วมลงทุน

ในกรณีที่เกิดจากการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่ง ไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

จะเห็นได้ว่า มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ได้วางหลักเกณฑ์ “การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง” ในการแก้ไขปัญหาในสัญญาร่วมลงทุนเพื่อประโยชน์สาธารณะไว้ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) หลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ

มาตรา 50 กำหนดเหตุอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองในการดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญา ไว้อย่างชัดเจนว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามมาตรา 50 โดยเฉพาะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ต้องเป็นไปในกรณี ดังนี้

- 1) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน
- 2) การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

3) ความมั่นคงของประเทศ

4) มีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักลง จนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชน หรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ

จึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามความใน หมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ มาตรา 50 มีลักษณะในการกำหนดเหตุแห่งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะกว่า บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญา และการทำสัญญาใหม่

(2) การแก้ไขสัญญาโดยอาศัยอำนาจของฝ่ายปกครอง

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มาตรา 50 ได้กำหนด บทบัญญัติในการให้อำนาจฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ สามารถดำเนินการโดยใช้อำนาจเข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุนหรือมอบให้ผู้อื่นเข้าดำเนินโครงการร่วมลงทุนเป็นระยะเวลาชั่วคราว หรือแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน หรือบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ แม้เหตุเกิดจากการใช้อำนาจตามข้างต้น จะไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการวางหลักเกณฑ์ในเชิงการใช้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจพิเศษบางประการที่จะดำเนินการในสัญญาได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือที่เรียกว่า เอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) ซึ่งเป็นประเด็นแห่งการศึกษา

(3) กระบวนการของแก้ไขสัญญา

การดำเนินการเพื่อแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มาตรา 50 (2) ได้กำหนดให้ หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้พิจารณาเพื่อดำเนินการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า ขั้นตอนการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในมาตรา 50 (2) ไม่มีการนำเสนอร่างสัญญาผ่านคณะกรรมการกำกับดูแล เหมือนอย่างเช่นในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในมาตรา 46 แต่จะเป็นการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถเสนอร่างสัญญาต่อคณะรัฐมนตรีได้เลย และ บทบัญญัติในมาตรา 50 (2) นั้นไม่มีการบัญญัติให้ต้องส่งร่าง

สัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอให้แก้ไขไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับการแก้ไขสัญญาในในมาตรา 46 ที่ได้ศึกษาไปแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้

(4) การเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ในมาตรา 50 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ หน่วยงานรัฐเจ้าของโครงการ ซึ่งใช้อำนาจตามความใน มาตรา 50 (2) วรรคหนึ่ง มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชน คู่สัญญาอย่างเป็น ธรรม หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามข้างต้นนั้น ไม่ได้เกิดมาจากความผิดของคู่สัญญาเอกชน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ฝ่ายปกครองเจ้าของโครงการ มีอำนาจในการดำเนินการตามกฎหมาย หรือแก้ไข สัญญา หรือยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ได้เป็นผู้ผิดสัญญาก็ตาม

การกำหนดเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของ ประเทศไทย

แม้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่และใช้บังคับได้อยู่เสมอ ตามแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส แต่จากการศึกษา พบว่า อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในประเทศไทยมีปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ เอกชน พ.ศ.2562 ในมาตรา 50 (2) และมีการนำหลักการในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติ ข้างต้น ระบุเป็นข้อกำหนดในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนอีกด้วย ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

1.กฎเกณฑ์ทั่วไปของการกำหนดเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ เอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

การจัดทำสัญญาร่วมลงทุนของประเทศไทยที่ผ่านมา นั้น ไม่มีการกำหนดว่าสัญญาร่วมลงทุนจะต้องประกอบด้วยข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใดไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมาย จนกระทั่ง เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2563 มีการประกาศใช้ “ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563” ซึ่งมีผลใช้บังคับ วันที่ 13 มิถุนายน พ.ศ. 2563 โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 20 (8) และมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งประกาศฉบับนี้

มีการบัญญัติถึงการกำหนดเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนไว้ โดยบัญญัติว่าสัญญาร่วมลงทุนจะต้องมีการกำหนดรายละเอียด¹⁷¹ ดังนี้

- (1) วัตถุประสงค์และขอบเขตของโครงการร่วมลงทุน
- (2) รูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน
 - ก. สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐและเอกชนในการดำเนิน โครงการร่วมลงทุน
 - ข. กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการร่วมลงทุน
 - ค. การแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบตัวเงินหรือส่วนแบ่งรายได้ระหว่างหน่วยงาน ของรัฐและเอกชน และวิธีการชำระผลประโยชน์ตอบแทนดังกล่าว
- (3) ระยะเวลาของสัญญาร่วมลงทุน
- (4) มาตรการสนับสนุนโครงการร่วมลงทุน
- (5) ผลผลิตที่เอกชนจะต้องส่งมอบ (Output Specification) และระดับในการบริการ (Level of Service) ที่เอกชนจะต้องส่งมอบ
- (6) อัตราค่าบริการและการปรับเปลี่ยนอัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (7) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา
- (8) หลักประกันสัญญา การค้ำประกัน เงื่อนไขในการคืนหรือริบหลักประกันสัญญา
- (9) วิธีการระงับข้อพิพาท และกระบวนการในการระงับข้อพิพาท

นอกจากข้อกำหนดตามข้อ (1) ถึง (9) จะต้องปรากฏในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนแล้ว หากหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 รวมถึงคณะกรรมการคัดเลือกตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่ออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เห็นว่าสมควรกำหนดรายละเอียดอื่นเพิ่มเติมเป็นเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ

¹⁷¹ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3

จัดทำรายละเอียดของเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนเพิ่มเติมดังกล่าว เสนอให้ผู้มีอำนาจพิจารณาให้ความเห็นชอบพร้อมกับเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน¹⁷²

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ประกาศฉบับนี้ไม่มีการกำหนดให้ผู้มีอำนาจระหว่างรัฐและเอกชน จะต้องระบุในข้อสัญญาในเรื่องการให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขสัญญาไว้แต่อย่างใด แต่จากการศึกษาสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ใช้ในปัจจุบันจะพบว่า ได้มีการกำหนดข้อสัญญาโดยมีเนื้อความคล้ายคลึงกับหลักการในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ลงในสัญญาด้วย นั่นคือ

สัญญาร่วมลงทุนโครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อมสามสนามบิน ฉบับลงวันที่ 24 ตุลาคม 2562

จากการศึกษาพบว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทยปัจจุบันมีการกำหนดข้อตกลงในสัญญา ซึ่งมีเนื้อความลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในมาตรา 50 (2) ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 นั่นคือ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน 224,544 ล้านบาท ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้า บริษัท เจริญโภคภัณฑ์โฮลดิ้ง จำกัด หรือซีพีและพันธมิตร โดยในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าว มีการระบุข้อสัญญาตอนหนึ่งไว้ว่า

“ข้อ 29 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อความมั่นคงของประเทศ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือมีเหตุที่ทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักลง และเหตุการณ์ดังกล่าวมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และเมื่อ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ได้รับความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรี การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย มีสิทธิใช้อำนาจเข้าไปดำเนินโครงการฯ เองทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว โดยอาจเป็นการสั่งให้เอกชนคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงงานตามข้อ 17.1 (3) หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นใดดำเนินการดังกล่าวก็ได้ หรือ

¹⁷² ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 4

มีสิทธิสั่งให้มีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามข้อ 39.2 หรือมีสิทธิเลิกสัญญาร่วมลงทุนตามข้อ 30.2 ได้

ทั้งนี้ ก่อนที่ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะดำเนินการใดๆ ในข้อ 29 นี้ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะแจ้งให้เอกชนคู่สัญญาทราบเป็นหนังสือถึง

- (1) การดำเนินการที่ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะกระทำ
- (2) เหตุที่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ต้องเข้าดำเนินโครงการ
- (3) วันที่จะเริ่มดำเนินการ และ
- (4) ระยะเวลาของการดำเนินการ

ในกรณีที่เหตุเกิดจากการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญาเอกชนคู่สัญญาไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และไม่ถือว่าเอกชนคู่สัญญาผิดหน้าที่ในส่วนนั้น โดย การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะจ่ายค่าชดเชยให้เป็นไปตามกฎหมายแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรมตามความเสียหายที่แท้จริง¹⁷³ ”

ทั้งนี้ สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นระหว่างการรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย (คู่สัญญาภาครัฐ) และบริษัทรถไฟความเร็วสูงสายตะวันออกเชื่อมสามสนามบิน จำกัด (คู่สัญญาฝ่ายเอกชน) มีวัตถุประสงค์ในการร่วมลงทุน เพื่อดำเนินการจัดสร้าง และดำเนินการ ให้บริการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อมตีสสามสนามบิน เมื่อพิจารณาสัญญา ฉบับลงวันที่ 24 ตุลาคม 2562 ซึ่งผ่านการพิจารณาร่างสัญญาจากสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว โดยคู่สัญญาตกลงและยอมรับตามข้อสัญญาทุกประการ และได้มีการลงนามในสัญญาตามกฎหมายแล้ว โดยจะเห็นว่า ในสัญญาฉบับดังกล่าวได้มีการระบุข้อสัญญาเกี่ยวกับโดยการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไว้ในข้อ 29 ซึ่งข้อสัญญาใช้คำภาษาอังกฤษว่า “SRT’s step-in rights” ซึ่งจากการศึกษานี้ “step-in rights” มีความหมายถึง สิทธิของฝ่ายหนึ่งในการเข้ารับตำแหน่งแทรกแซงเพื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขทั้งหมดของข้อตกลง ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามภาระผูกพันภายใต้ข้อตกลง¹⁷⁴

¹⁷³ “ โส ส ปี ค 3 ส น า ม บิ น ' ป ระ วั ต ศิ า ส ต ร ์ ก า ร ป ระ มุ ล ” , 2 5 6 2 , <https://www.thansettakij.com/columnist/418675>.

¹⁷⁴ Step-In Rights means the right of one party to assume an intervening position to satisfy all terms of an agreement in the event the other party fails to perform its obligations under the agreement. อ้างอิงจาก Step-In Rights definition แหล่งที่มา : [https://www.lawinsider.com/dictionary/step-in-rights\[online\]](https://www.lawinsider.com/dictionary/step-in-rights[online])

ดังนั้น สัญญาร่วมลงทุนโครงการรถไฟความเร็วสูงเชื่อมสามสนามบิน ฉบับลงวันที่ 24 ตุลาคม 2562 จึงลักษณะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวไว้ในข้อตกลงของสัญญา

3.4 การตรวจสอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย

โดยหลักสัญญาภาครัฐจะต้องนำส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบพิจารณา เนื่องจากสำนักงานอัยการสูงสุด เป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับมอบหมายโดยกฎหมาย ระเบียบมติคณะรัฐมนตรี ให้รับผิดชอบในการตรวจสอบพิจารณาสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยที่สำนักงานอัยการสูงสุดยังเป็นกรมอัยการ ดังปรากฏจากมติคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 ที่กำหนดเรื่องการให้ส่วนราชการที่ทำสัญญากับเอกชนเพื่อกิจการต่างๆ ให้ส่งเรื่องให้กรมอัยการ (ในขณะนั้น) พิจารณาเสียก่อน¹⁷⁵ ซึ่งได้ระบุเหตุผลของการกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาไว้ ความว่า

“...เนื่องจากส่วนราชการต่าง ๆ บางแห่งได้ทำสัญญาระหว่างส่วนราชการนั้นๆ กับบริษัท ห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการต่าง ๆ เช่น การซื้อขายสิ่งของ การรับเหมาก่อสร้าง ฯลฯ ปรากฏว่ามีข้อบกพร่อง ไม่เรียบร้อยโดยสมบูรณ์ เป็นเหตุให้รัฐบาลต้องเสียเปรียบเนื่องจากสัญญานั้น ๆ จึงได้ลงมติว่า ต่อไปนี้ถ้า ส่วนราชการของกระทรวง ทบวง กรมใดจะต้องทำสัญญากับบริษัทห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการใด ๆ หากเจ้า กระทรวงพิจารณาเห็นว่าเป็นสัญญาที่มีความสำคัญหรือเป็นสัญญารายใหญ่ ๆ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้กรม อัยการตรวจสอบพิจารณาเสียก่อน¹⁷⁶ ซึ่งต่อมามีการยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีฉบับดังกล่าว และวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจร่างสัญญาไว้ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร 1204/345 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2538 กำหนดให้ส่วนราชการต่างๆ ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบก่อนลงนามสัญญา¹⁷⁷

¹⁷⁵ นารี ตัณฑเสถียร, "สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 38, no. 1 (2563). หน้า 2.

¹⁷⁶ หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วน ที่ น.ว.33/2491 ลงวันที่ 1 เมษายน 2491

¹⁷⁷ ข้อ 2 กำหนดให้ส่วนราชการต่างๆ ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบก่อนลงนามสัญญา

ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ.2553 ให้อำนาจพนักงานอัยการมีอำนาจในการตรวจ “ร่าง” สัญญา ซึ่งหมายความว่า สัญญานั้นจะต้องยังไม่มีกลงนามในสัญญา อย่างไรก็ตาม สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจในการตรวจพิจารณาสัญญาที่ลงนามแล้วได้ หากเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 รวมถึง กรณีที่สัญญาที่มีข้อสัญญาระบุในทำนองว่า “คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญานี้ ซึ่งหากสำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณาสัญญานี้ประการใดแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดทุกประการ” ซึ่งจะทำให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจในการตรวจสัญญาซึ่งได้ลงนามแล้วนั้นได้โดยอนุโลม¹⁷⁸

ปรากฏข้อยกเว้นของการทำสัญญาส่วนราชการที่สร้างขึ้นในประเทศไม่จำเป็นต้องส่งร่างสัญญาให้อัยการตรวจสอบไว้ใน 2 กรณี¹⁷⁹ คือ

1. การทำสัญญาตามแบบที่เคยมารับรองพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว
2. การทำสัญญาที่จำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบดังกล่าวเพียงเล็กน้อยในประเด็นที่ไม่ใช่สาระสำคัญ และไม่ทำให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเสียเปรียบ

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์นี้มีขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป ที่ไม่มีข้อกำหนดวิธีปฏิบัติในการทำสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดช่องว่างในทางปฏิบัติของการทำสัญญา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁷⁸ ชาติ ชัยเดชสุริยะ, "บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 40, no. 2 (2565). หน้า 47.

¹⁷⁹ ข้อ 4 การทำสัญญาตามข้อ 2 และข้อ 3 ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในกรณีดังต่อไปนี้

4.1 การทำสัญญาตามแบบที่เคยมารับรองพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว หรือ การทำสัญญาที่จำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบดังกล่าวเพียงเล็กน้อยในประเด็นที่ไม่ใช่สาระสำคัญ และไม่ทำให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเสียเปรียบ

4.2 การทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจที่คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเห็นว่าไม่จำเป็นต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา

4.3 การทำสัญญาของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญท้องถิ่นหรือผู้รู้กฎหมายของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นแล้ว

แต่ไม่ใช่บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง¹⁸⁰ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ เป็นต้น

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, มาตรา 23 (2) กำหนดให้ สำนักงานอัยการสูงสุด มีอำนาจและหน้าที่ ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ¹⁸¹

นอกจากการตรวจร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐกร่างมาจากร่างสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด ร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐกร่างขึ้นทั้งฉบับ ร่างสัญญาที่เป็นไปตามแบบฟอร์มของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ใช้เป็นสัญญาหรือข้อตกลงมาตรฐานแล้วนั้น ในทางปฏิบัติสำนักงานอัยการสูงสุด ยังมีหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอื่นๆของสัญญาอีก ทั้งในขั้นตอนของการคัดเลือกคู่สัญญา ตลอดจนการบริหารให้เป็นไปตามรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญา เช่น การขยายระยะเวลาตามสัญญา การแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา เป็นต้น¹⁸² บทบาทของพนักงานอัยการที่เปรียบดั่งทนายของแผ่นดิน จึงอยู่ในทุกกระบวนการของสัญญา เพื่อมิให้ส่วนราชการเสียเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา และเพื่อป้องกันมิให้เกิดการทุจริตในงานราชการขึ้น

จึงเห็นได้ว่าขั้นตอนการตรวจสอบสัญญาทางปกครองโดยสำนักงานอัยการสูงสุดมีความสำคัญต่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กฎหมายหลายฉบับจึงได้กำหนดขั้นตอนให้สำนักงานอัยการมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบสัญญาทางปกครองแต่ละประเภทไว้โดยเฉพาะ รวมทั้ง พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

¹⁸⁰ ข้อ 5 หลักเกณฑ์นี้ ไม่ใช่บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง

¹⁸¹ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553,

มาตรา 23 บัญญัติว่า สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับ งานธุรการและงานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้ ด้วย

(1) ให้ความช่วยเหลือประชาชนในการดำเนินการทางกฎหมาย รวมตลอดทั้ง ในการคุ้มครองป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการให้ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน

(2) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ

ฯลฯ

¹⁸² นารี ตันตพเสถียร, "สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ." หน้า 14-16.

พ.ศ.2562 ซึ่งบัญญัติให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบร่างสัญญา ซึ่งได้เสนอให้มีการแก้ไขในระหว่างสัญญา ปรากฏในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน และการทำสัญญาใหม่ มาตรา 46¹⁸³

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในส่วนของการแก้ไขสัญญา ในมาตรา 50 (2) ซึ่งอยู่ หมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ได้มีการบัญญัติถึงขั้นตอนการตรวจร่างสัญญาที่เสนอให้มีการแก้ไขสัญญา โดยสำนักงานอัยการสูงสุดไว้แต่อย่างใด



¹⁸³ มาตรา 46 ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอ เหตุผล และความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ต่อคณะกรรมการ กำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ทั้งนี้ ให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายใน สี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไข

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจสาธารณะ ในการแก้ไขสัญญาตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

จากการศึกษา พบว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 เป็นกฎหมายที่มีการบัญญัติถึงเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครอง ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมาย ปรากฏตามความในมาตรา 50 ซึ่งมีข้อจำกัดพิจารณา ในปัญหาทางกฎหมายในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามความในมาตรานี้ ดังต่อไปนี้

4.1. ปัญหาความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการต่าง ๆ นั้น โดยส่วนใหญ่เป็นการดำเนินการ เพื่อจัดให้ได้มาหรือมีขึ้นซึ่งถาวรวัตถุ และเป็นการดำเนินการในกิจการขนาดใหญ่ ที่เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ ที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งผลประโยชน์ระหว่างภาครัฐและเอกชน โดยมุ่งให้การดำเนินการนั้นเกิดจากการเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณา ปัญหาสำคัญประการแรก คือ การพิจารณาว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีลักษณะเป็น สัญญาประเภทใด หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การพิจารณาว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งความสำคัญของการกำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชนเป็นสัญญาประเภทใด ก็เพื่อพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวนั้น จำต้องผูกพันตามกฎหมายใด มีนิติวิธีในการพิจารณาสัญญาตามกฎหมายใด และอยู่ในอำนาจของศาลใด ทั้งนี้ เพราะสภาพแวดล้อม ทางกฎหมายที่มีเสถียรภาพและสามารถคาดคะเนได้ เป็นสิ่งที่คู่สัญญาต้องการ¹⁸⁴ ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นสัญญาประเภทใดจึงเป็น ปัญหาสำคัญที่ส่งผลต่อการปรับใช้กฎหมายและความเชื่อมั่นในการลงทุนของนักลงทุนอย่างยิ่ง

¹⁸⁴Bishop,R.Doak,James R. Crawford,and W. Michael Reisman.Foreing Investment Disputes: Cases,Materials and Commentary.2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International,2014.p.214 อ้างถึงใน นาดินรันดร์ จันทรวงศ์, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ.หน้า 367.

เป็นที่ทราบกันดีว่า แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของไทยนั้น ได้รับอิทธิพลส่วนใหญ่มาจากแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส¹⁸⁵ ซึ่งพิจารณาสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องคู่สัญญา กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ประกอบกับการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์สัญญา กล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะต้องมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ตามหลักเกณฑ์เรื่องคู่สัญญา ประกอบกับเป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อจัดให้มีหรือดำเนินโครงการอันเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง อีกทั้ง สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ยังปรากฏเอกลักษณ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม จำต้องพิจารณาต่อไปว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

4.1.1 การวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

สัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตามแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส มีลักษณะเป็นการกำหนดความเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง (ทางตรง) ให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง หรือจะต้องมีการบัญญัติในกฎหมายว่าสัญญานั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง (ทางอ้อม) ซึ่งจากการพิจารณาตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 พบว่าไม่มีบทบัญญัติส่วนใดบัญญัติให้ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และไม่มีบทบัญญัติใด บัญญัติให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ

¹⁸⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง. หน้า 105.

เอกชนอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอีกด้วย ดังนั้น สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

4.1.2 การวิเคราะห์ความเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

จากการศึกษา พบว่าการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น ในอันดับแรกจะพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายก่อน ซึ่งหากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาสภาพของสัญญานั้นอีก ทั้งนี้ เป็นผลมาจากการเคารพในกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ซึ่งหากฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ก็จะตรากฎหมายกำหนดให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม ซึ่งนักกฎหมายก็จำเป็นต้องเคารพต่อเจตจำนงของบทกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัด ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดไว้ให้สัญญานั้น เป็นสัญญาทางปกครองทั้งในทางตรงและทางอ้อม ก็จะนำไปสู่การตีความสัญญาทางปกครองโดยสภาพของสัญญาตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งพิจารณาจาก 2 หลักเกณฑ์ คือ

4.1.2.1 การพิจารณาคู่สัญญา

สัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือเป็นเอกชนซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการหรือกระทำการแทนรัฐ เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นแล้วจะเห็นว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ปรากฏตามความในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ซึ่งบัญญัติว่า “โครงการ” หมายความว่า โครงการลงทุนของรัฐในกิจการที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใด หน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือโครงการตามสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 นั้น ต้องเป็นโครงการของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง เข้าเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่

4.1.2.2 การพิจารณาวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญา

สัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญา เป็นการให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งจากการศึกษา พบว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่า

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น ไม่ได้เป็นบทจำกัดว่าสัญญาทางปกครองจะมีได้แต่เฉพาะสัญญาที่เข้าลักษณะตามกฎหมายข้างต้นเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า...” อันเป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเปิดช่องให้ศาลปกครองสามารถพิจารณาวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่นได้ ซึ่งศาลปกครองไทยได้พิจารณาและมีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม 2544 กำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมไว้ 2 ประเภท คือ

(1) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

(2) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากเป็นสัญญาที่เป็นไปตามเกณฑ์การพิจารณาด้านคู่สัญญา คือเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และเป็นไปตามเกณฑ์การพิจารณาวัตถุประสงค์ของสัญญา คือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ อันปรากฏตามความในในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 (ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดในหัวข้อถัดไป)

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ได้แทรกซึมและเป็น สิทธิที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป ตามแนวคิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส ซึ่งแตกต่างกับแนวคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่เห็นว่าทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจกฎหมายเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือฝ่ายปกครอง ดังนั้น ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ จึงไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง แต่ในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ก็ยังสังเกตเห็นความสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งจัดทำเพื่อ ประโยชน์มหาชนอยู่เช่นกัน ดังนั้น หากสัญญานั้นประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษประการใดเหนือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ก็จำเป็นต้องบัญญัติสิทธิพิเศษนั้นไว้ในข้อสัญญาอย่างชัดเจน ให้คู่สัญญาทุกฝ่าย ได้ทราบถึงสิทธิพิเศษนั้น ซึ่งในปัจจุบันมีการกำหนดแบบของสัญญาเหล่านี้ไว้เพื่อเป็นการเคารพต่อ หลักความเท่าเทียมของสัญญาและเพื่อให้กิจการของรัฐสามารถดำเนินไปได้อย่างคล่องตามวัตถุประสงค์

4.2 ปัญหาการพิจารณาการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตาม พระราชบัญญัติการ ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 โดยศึกษามาตรา 50 (2)

บทบัญญัติมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึง “การใช้อำนาจ” ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญา ของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า มาตรา 50 (2) เป็นบทบัญญัติที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษ ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือไม่ และอำนาจนั้นมีอยู่เพียงไร โดยพิจารณาได้ ดังนี้

4.2.1 การพิจารณาการแก้ไขสัญญาในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

การพิจารณาว่ามาตรา 50 (2) เป็นบทบัญญัติที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษในการแก้ไขสัญญา ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ในทุกส่วนประกอบกัน ซึ่งเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีการบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาใน 2 หมวด ของกฎหมาย คือ

(1) หมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่

(2) หมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ

จะเห็นได้ว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนทั้งสองส่วนนั้น ถูกบัญญัติอยู่ในหมวด 4 และหมวด 5 แยกต่างหากจากกัน แม้การศึกษานี้จะมุ่งศึกษาการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามบทบัญญัติในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็จำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบกับ การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ เพื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องและความแตกต่างกันอย่างเป็นระบบของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามบทบัญญัติในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามบทบัญญัติในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญา
ร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน
พ.ศ.2562 เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏในลักษณะเช่นเดียวกับ บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติ
การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หมวด 7 การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่
ซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยอาศัยความยินยอมของ
คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญา ทั้งคู่สัญญาฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งพิจารณาได้จาก
ความในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ที่บัญญัติว่า
“ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอ เหตุผลและ
ความจำเป็น...ก่อนนำเสนอร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้ว”
อันเป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามความในมาตรานี้
จะต้องมีการนำสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเสนอให้แก้ไข ไปเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย
จะแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองมิได้
ดังนั้น การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในหมวด 4 ส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและ
การทำสัญญาใหม่ ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จึงมีลักษณะ
เป็นการแก้ไขสัญญาโดยอาศัยความตกลงจากคู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญา

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามบทบัญญัติในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ สาธารณะ

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ตามมาตรา 50 (2) ในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 เมื่อพิจารณาในแง่ของการบัญญัติกฎหมายแล้ว จะเห็นว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ถูกแยกออกมาจาก การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ ซึ่งอยู่ในหมวด 4 ส่วนที่ 4 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้¹⁸⁶ ทั้งนี้ ก็อาจเป็นเพราะผู้บัญญัติกฎหมายนั้นเห็นว่า การแก้ไขสัญญาในส่วนที่ 4 และหมวด 5 นั้นมีความแตกต่างกัน

จากการศึกษา สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50¹⁸⁷ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จะเห็นได้ว่า ไม่มีการบัญญัติในลักษณะของการให้เอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาไว้ อย่างชัดเจน แต่จำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัตินี้ ประกอบกับแนวคิดและทฤษฎีในเรื่องเอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะเห็นได้ว่า สัญญา

¹⁸⁶ เป็นที่น่าสังเกตว่า บทบัญญัติเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน โดยการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับมาก่อน

¹⁸⁷ มาตรา 50 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักลง จนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ หน่วยงาน เจ้าของโครงการ โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีมีอำนาจพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างดังต่อไปนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

(1) เข้าดำเนิน โครงการร่วมลงทุนหรือมอบให้ผู้อื่นเข้าดำเนิน โครงการร่วมลงทุนเป็นระยะเวลาชั่วคราว

(2) แก้ไขสัญญาร่วมลงทุน

(3) บอกเลิกสัญญาร่วมลงทุน

ในกรณีที่เกิดเหตุจากการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และการดำเนินการตามสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นผลให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างจากสัญญาในทางแพ่ง คือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ตามแนวคิดสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส สำหรับประเทศไทยซึ่งได้รับอิทธิพลความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่มาจากประเทศฝรั่งเศส¹⁸⁸ ก็ได้รับอิทธิพลแนวคิดในเรื่องเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองเช่นกัน ดังนั้น สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง จึงอยู่ภายใต้แนวคิด เรื่องเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองเช่นกัน แต่จากบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีความพยายามที่จะนำเรื่องเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แม้ไม่มีการบัญญัติอย่างชัดเจนว่า มาตรา 50 เป็นบทบัญญัติการให้อำนาจเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองไว้ชัดเจน แต่ก็อาจพิจารณาตีความจากบทบัญญัติได้ว่า มาตรา 50 นั้นเป็นการให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง “มีอำนาจ” และสามารถ “ใช้อำนาจ” ของฝ่ายปกครองในการเข้าดำเนิน โครงการ การแก้ไขสัญญา หรือการเลิกสัญญาได้ ฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 50 วรรคหนึ่ง) โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งแตกต่างจากหลักในเรื่องสัญญาทางแพ่ง ที่คู่สัญญาจำต้องผูกพันตามสัญญา ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขฝ่ายเดียวได้ และการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองตามความใน มาตรา 50 มีได้แม้เหตุแห่งการใช้อำนาจจะไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลยก็ตาม (มาตรา 50 วรรคสอง) ซึ่งแตกต่างกับหลักในสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกิดความเสียหายจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อันมิได้มาจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจก็มีหน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างเป็นธรรม

4.2.2 การพิจารณาขอบเขตแห่งการใช้ออกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2)

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า มาตรา 50 (2) เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างและเอกชนฝ่ายเดียว โดยบทบัญญัติ

¹⁸⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง. หน้า 105.

นี่เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะ “การให้อำนาจ” ฝ่ายปกครองในการพิจารณาตีความกฎหมายอย่างกว้าง จากบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไป (Generality) โดยปราศจากขั้นตอน หรือกระบวนการ หรือขอบเขตในการจำกัดอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ ซึ่ง จากการศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาของต่างประเทศ และหลักการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในกฎหมายต่างประเทศ สามารถนำมาพิจารณาเพื่อปรับใช้เป็นแนวทางในวางหลักเกณฑ์และกำหนดขั้นตอน และขอบเขตในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามความในมาตรา 50 (2) ได้ดังนี้

4.2.2.1 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป

ก. การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของสัญญา

โดยหลักแล้ว การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ก็จำเป็นต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสัญญาเช่นกัน เช่น หลักคู่สัญญาต้องเคารพเจตนาของคู่สัญญา หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หลักสัญญาไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้และต้องผูกพันกันตามสัญญา แต่เมื่อมีความจำเป็นเพื่อมิให้ประโยชน์สาธารณะต้องเสียไป คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงจะมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ในสัญญาสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลายประการ เช่น การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยไม่อยู่ภายใต้หลักประโยชน์สาธารณะอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ไม่มีขึ้นได้ ในกรณีเช่นนี้จะต้องพิจารณาการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามหลักในสัญญาทางแพ่ง ตัวอย่างเช่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ดำเนินงานแล้วเสร็จตามสัญญา และต่อมาพบว่าสัญญานั้นคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้คาดคะเนผลของงานกับค่าจ้างไม่ได้สัดส่วนกัน คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว โดยลดเงินค่าจ้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนลงได้ แม้จะเห็นว่าเอกชนผู้รับจ้างมีภาระงานลดน้อยลงกว่าที่คาดไว้ก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายปกครองยังคงต้องผูกพันตาม

สัญญา ไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีนี้ได้ (โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2554¹⁸⁹)

¹⁸⁹ พิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2554 มีสาระสำคัญ ดังนี้ องค์การบริหารส่วนตำบลชีล้อม และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ตกลงทำสัญญารับจ้างก่อสร้างระบบประปาหมู่บ้าน โดยถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์ โดยกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องขุดเจาะบ่อบาดาลให้ได้ปริมาณน้ำไม่น้อยกว่า 5 ลูกบาศก์เมตรต่อชั่วโมง หรือความลึกไม่น้อยกว่า 150 เมตร และผู้รับจ้างขุดเจาะบ่อบาดาลได้ปริมาณน้ำ 5 ลูกบาศก์เมตรต่อชั่วโมง แต่มีความลึกเพียง 56 เมตร ต่อมาหัวหน้าส่วนโยธาองค์การบริหารส่วนตำบลคลองชีล้อม ซึ่งเป็นผู้ควบคุมงานได้ทำบันทึกข้อตกลงเพิ่มเติมแนบท้ายสัญญาจ้าง โดยตกลงเปลี่ยนแปลงการขุดเจาะบ่อบาดาลจากความลึก 150 เมตร ราคา 268,950 บาท เป็นความลึก 56 เมตร ราคา 100,408 บาท โดยคู่สัญญาไม่ได้ลงลายมือชื่อในบันทึกข้อตกลงดังกล่าว เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ดำเนินการตามสัญญาแล้วเสร็จจึงได้ส่งมอบงานให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลชีล้อม แต่องค์การบริหารส่วนตำบลชีล้อม คู่สัญญาฝ่ายปกครองได้หักเงินค่าจ้างให้เป็นไปตามปริมาณงานที่ทำได้จริงตามที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้ว วินิจฉัยว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้ผู้รับจ้าง ขุดเจาะบ่อบาดาล โดยคิดค่าจ้างในลักษณะเหมารวม ซึ่งหมายความว่าจ้างนี้ถือความสำเร็จของงาน หากผู้รับจ้างได้ขุดเจาะบ่อบาดาล ได้ปริมาณน้ำตามที่กำหนด ถือว่า ผู้รับจ้างได้ทำงานเสร็จครบถ้วนบริบูรณ์ตามสัญญาแล้วผู้ว่าจ้างจึงมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้างตามจำนวนที่ตกลงไว้ตามสัญญา สำหรับบันทึกข้อตกลงเปลี่ยนแปลงรายละเอียดการขุดเจาะบ่อบาดาลซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้ลงนามในข้อตกลงดังกล่าว ไม่อาจใช้บังคับผูกพันคู่สัญญาได้ และการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับเงินค่าจ้างบางส่วนไปแล้ว ก็ไม่ถือเป็นการยอมรับข้อตกลงตามบันทึกดังกล่าว ทั้งนี้ แม้มีข้อสัญญากำหนดให้อำนาจผู้ควบคุมในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนงาน รวมทั้งกำหนดมาตรการของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ แต่กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้รับจ้างได้ทำงานที่ว่าจ้างเหมาแล้วเสร็จตามสัญญาแล้ว และข้อสัญญานั้นไม่ได้หมายความถึงว่าหากผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จโดยมีภาระการทำงานน้อยกว่าที่คาดไว้ จะต้องลดเงินค่าจ้างลงแต่ประการใด การที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ในอันที่จะแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่การใช้สิทธิของผู้ว่าจ้างดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาด้วย กล่าวคือ โดยหลักแล้วคู่สัญญาต้องเคารพต่อเจตนาของคู่สัญญาที่มีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา ต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อให้การบริการสาธารณะ สามารถดำเนินการได้อย่างต่อเนื่องหรือมิให้ประโยชน์สาธารณะต้องเสียไปเท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงจะมีสิทธิแก้ไขสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ และการแก้ไขสัญญาดังกล่าวต้องคำนึงถึงดุลยภาพทางการเงินหรือ ความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งการพยายามแก้ไขสัญญานี้ก็มิได้เกิดจากความจำเป็น แต่อย่างใด บันทึกข้อตกลงการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาจึงไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้น องค์การบริหารส่วนตำบลชีล้อม ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองจึง

ข. การใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษา พบว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง ซึ่งจากการศึกษาพบว่า แนวคิดพื้นฐานในสัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครอง มีความแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมาย แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่า สัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งมีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจมีสิทธิพิเศษบางประการ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยไม่หยุดชะงัก และสำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์ โดยมีวิธีการที่แตกต่างกันในรายละเอียดของการบัญญัติอำนาจของฝ่ายปกครองในสัญญาของฝ่ายปกครองตามแต่ละระบบกฎหมาย กล่าวคือ

สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ อยู่ภายใต้หลักการทางมหาชนในสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่น หลักความเสมอภาค , หลักว่าด้วยสัญญามาตรฐาน, หลักความต่อเนื่องของประโยชน์สาธารณะ, หลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงในสัญญาได้ฝ่ายเดียว, หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว, หลักการได้รับการแก้ไขเยียวยาอย่างเป็นธรรม, หลักการเพื่อสังคม เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษ

ส่วนสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ปรากฏหลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง นั่นคือ “ทฤษฎีบริการสาธารณะ” กล่าวคือ ทฤษฎีบริการสาธารณะเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองและเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษบางประการเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งทฤษฎีบริการสาธารณะ เป็นที่มาของเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง อันเป็นทั้งกรอบแห่งอำนาจและการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ การบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ ที่เรียกว่า “กฎหมายของบริการสาธารณะ (lois du service public)¹⁹⁰ โดยแบ่งออกเป็น 3 หลัก คือ หลักความต่อเนื่อง (Principes de continuité)

ไม่มีอำนาจที่จะปรับลดเงินค่าจ้างจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าจ้างที่ปรับลดลงให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน พร้อมดอกเบี้ย

¹⁹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 111.

หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ และหลักความเสมอภาค (principe d'égalité)¹⁹¹ ซึ่งหมายความว่า การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้น จะต้องเป็นการใช้อำนาจเพื่อให้ บริการสาธารณะสามารถบรรลุผลได้ ภายใต้หลักความต่อเนื่อง หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ และหลักความเสมอภาคของบริการสาธารณะ ซึ่งนอกจากหลักการในเรื่องบริการสาธารณะแล้ว การใช้ออกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองยังต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน อื่นๆด้วย เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งได้แก่ หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ , หลักความเสมอภาค , หลักความได้สัดส่วน ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล , หลักความจำเป็น , หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ เป็นต้น กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการที่ใช้บังคับในแต่ละกรณี โดยที่มาตรการที่ใช้บังคับนั้นจะต้อง เป็นวิธีทางที่สามารถทำให้การดำเนินการนั้นบรรลุผลได้ตามกฎหมาย และกระทบต่อสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้ง ยังต้องคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความเสียหายของเอกชน และประโยชน์มหาชนด้วย อันจะเป็นการคุ้มครองไม่ให้รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต อันจะกระทบต่อ สิทธิของเอกชนเกินสมควร และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจ แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ควรได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเป็นธรรม ตาม “หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง” กล่าวโดยสรุป คือ การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชนฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองแม้จะเป็นเอกสิทธิ์พิเศษ ที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเหนือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่การใช้อำนาจนั้นก็จำเป็นต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายด้วย

สำหรับแนวคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองใน ประเทศไทย ศาลปกครองไทยก็ได้วางแนววินิจฉัย ยอมรับว่าสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษ ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้ แต่การใช้ออกสิทธิ์นั้นต้องอยู่บน พื้นฐานหลักความจำเป็น หลักความเป็นธรรมของคู่สัญญา และต้องคุ้มครองคู่สัญญาภายใต้ หลักดุลยภาพทางการเงินอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นการแก้ไข สัญญาทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้ หลักทั่วไปของสัญญาเท่าที่ไม่ขัดกับประโยชน์สาธารณะ และ ต้องอยู่ภายใต้หลักสัญญาทางปกครอง ประกอบกับหลักทั่วไปทางมหาชน เพื่อเป็นขอบเขตในการ จำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้หลักการทางกฎหมาย

¹⁹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, หน้า 85.

4.2.2.2 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต่อจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองและการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศนั้น จะพบว่าแม้จะมีรายละเอียดที่แตกต่างกันตามแต่รากฐานความคิดในแต่ละระบบกฎหมาย แต่ระบบกฎหมายก็มีแนวคิดอันเป็นหลักสำคัญที่สอดคล้องกัน ในการพยายามจำกัดการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาปรับใช้กับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้ โดยหลักการสำคัญประการแรก คือ การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต่อจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ ดังนี้

ก. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองต้อง เป็นเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา

จากการศึกษา แนวความคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นว่า UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 ได้วางหลักให้ การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ต้องมาจากการเปลี่ยนแปลงซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา และไม่อาจคาดการณ์ได้อย่างเป็นเหตุและผล ซึ่งหมายความว่า การตกลงเข้าทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยหลักคู่สัญญาจะใช้สมมุติฐานตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจา และการคาดการณ์อย่าง เป็นเหตุเป็นผลของการลงทุนในช่วงเวลาที่จะลงทุนทั้งหมด โดยพิจารณาถึงความเสี่ยงในการลงทุนตามที่คู่สัญญาสามารถคาดการณ์ได้ในขณะนั้น เช่น การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ โดยทั่วไป หรือการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายโดยทั่วไป แต่ในบางสถานการณ์ก็อาจเกิดเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดการณ์ขึ้นได้ เช่น การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน¹⁹² การเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ ซึ่งกรณีเหล่านี้คู่สัญญาจึงจะแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้

¹⁹² UNITED NATIONS , UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Vienna, 2020 , P.183

อีกทั้ง หลักการนี้ยังปรากฏใน ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) ซึ่งวางหลักการให้ การแก้ไขสัญญาจะต้องเนื่องมาจากเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่อาจคาดหมายได้ หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถคาดหมายได้ในขณะทำสัญญาแล้วว่าจะต้องเกิดหรืออาจจะเกิดขึ้นได้ ก็ไม่มีเหตุอันจะแก้ไขสัญญาฝ่ายปกครองได้ คู่สัญญาจะต้องรับซึ่งความเสี่ยงอันจะเกิดขึ้นจากเหตุที่สามารถคาดหมายได้นั้น¹⁹³ อีกด้วย

4.2.2.3 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องไม่เป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนทำให้เป็นสัญญาใหม่

หลักการนี้ปรากฏในระบบระหว่างประเทศ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ดังพิจารณาได้ดังนี้

ก.แนวความคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีผลให้ต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่ ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

จากการศึกษาหลักการแก้ไขสัญญาทางปกครองในกฎหมายต่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่า การแก้ไขสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญ จนถึงขนาดที่เป็นการทำลายหลักการในสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งจะทำให้การแก้ไขสัญญานั้น เป็นการทำสัญญาฉบับใหม่ขึ้น หลักการนี้ปรากฏในหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหลายฉบับ เช่น

ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) กำหนดว่า การแก้ไขสัญญาจะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพโดยรวม และไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในเป็นสาระสำคัญของสัญญาเดิม

ทั้งนี้ ยังปรากฏหลักการนี้ ใน The Public Contracts Regulations 2015 No. 102 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาสาธารณะของประเทศอังกฤษ ในหมวดที่ 6 (SECTION 6)

¹⁹³ Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts)

ข้อ 72 ว่า การปรับเปลี่ยนข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมจะไม่ทำให้เกิดกระบวนการจัดทำสัญญาใหม่ ซึ่งข้อตกลงนั้นจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมในกรณีดังต่อไปนี้¹⁹⁴ การเปลี่ยนแปลงในมูลค่าก่อนข้างน้อย¹⁹⁵ การมีสถานการณ์ที่ไม่คาดฝันเกิดขึ้น¹⁹⁶ งานบริการหรือวัสดุเพิ่มเติมที่จำเป็นและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงผู้รับเหมาได้ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือทางเทคนิค¹⁹⁷ มีการเปลี่ยนคู่สัญญาตามการปรับโครงสร้างองค์กร การล้มละลายหรือการควบรวมกิจการ และคู่สัญญารายใหม่ยังคงเป็นไปตามเกณฑ์การคัดเลือกเดิม (การยกเว้นนี้มีให้เฉพาะในกรณีที่ไม่มี การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอื่นๆ ในสัญญา)¹⁹⁸

ซึ่งในกรณีข้างต้นนี้ ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา จึงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ โดยไม่ต้องทำสัญญาขึ้นมาใหม่

อย่างไรก็ตาม หากการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ (substantial) ของสัญญา ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาแต่แรกนั้น จะทำให้เกิดกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมขึ้น¹⁹⁹

จะเห็นได้ว่าหลักสำคัญของการแก้ไขสัญญานั้น จะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนขนาดเปลี่ยนแปลงโครงสร้างหลักหรือเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาโดยสิ้นเชิง เพราะการเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นจะทำให้การแก้ไขข้อตกลงนั้น มีลักษณะเป็นการเกิดสัญญาขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่ง ไม่เป็นการแก้ไขสัญญาเดิม โดยข้อสำคัญของหลักคิดนี้ก็เพื่อป้องกันไม่ให้คู่สัญญาหลีกเลี่ยงกระบวนการขั้นตอนของการเริ่มสัญญาที่เกิดขึ้น โดยชอบตามกฎหมาย ซึ่งหากคู่สัญญาสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสาระสำคัญได้ ก็จะนำไปสู่การใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา โดยไม่ต้องคำนึงวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมอีกต่อไป

จากการศึกษาสามารถพิจารณาหลักการแก้ไขสัญญาที่ไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญาได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

¹⁹⁴ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) .

¹⁹⁵ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (5) .

¹⁹⁶ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1)

¹⁹⁷ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) (b)

¹⁹⁸ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) (d) (ii)

¹⁹⁹ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (8)

1. การแก้ไขสัญญาในมูลค่าของสัญญาไม่ควรเกินร้อยละ 50 ของมูลค่าสัญญาเดิม

หลักการนี้ปรากฏใน ข้อกำหนดแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป Directive 2014/23/EU (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) ซึ่งวางหลักว่า กรณีที่การแก้ไขสัญญาซึ่งเป็นการเพิ่มราคาของสัญญา การเพิ่มราคาของสัญญาใหม่นั้นจะเพิ่มได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของราคาสัญญาเดิม และยังปรากฏหลักการนี้ ใน The Public Contracts Regulations 2015 No. 102 ในข้อ 72 (i) ที่ว่าการปรับเปลี่ยนข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมจะไม่ทำให้เกิดกระบวนการจัดทำสัญญาใหม่²⁰⁰ กรณีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่มีในมูลค่าก่อนข้างน้อย²⁰¹ ซึ่งในทางกลับกัน หมายความว่า การแก้ไขสัญญาที่มีมูลค่ามาก หรือเกินกว่าครึ่งหนึ่งของมูลค่าสัญญานั้น ย่อมถือว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมูลค่าสัญญาอย่างมาก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อให้เกิดเป็นสัญญาใหม่ มากกว่าจะเป็นการแก้ไขสัญญาเดิม เพราะถือได้ว่ามูลค่าของสัญญาย่อมเป็นสาระสำคัญของสัญญานั้นด้วย

ข. แนวความคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีผลให้ต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

จากการศึกษา พบว่า การแก้ไขสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศฝรั่งเศส ปรากฏตาม Public Procurement and Concession Agreements Code (the PPP Code) ในมาตรา 136 การแก้ไขสัญญาในระหว่างระยะเวลาของสัญญา (Amendment of a procurement agreement during the agreement period)²⁰² ได้วางหลักให้คู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานของรัฐ มีสิทธิที่จะแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว เพื่อประโยชน์ทางสาธารณะ (general interest) พิจารณาได้ดังนี้

1. การแก้ไขสัญญาที่มีผลให้ต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่

Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016 วางหลักกรณีการแก้ไขสัญญาที่จะนำไปสู่กระบวนการจัดทำสัญญาใหม่ ปรากฏตาม มาตรา 136 (1) ซึ่งมีสาระสำคัญว่าการแก้ไขสัญญาซึ่งมีผลให้ต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่²⁰³ นั่นคือ ข้อตกลงในสัญญา

²⁰⁰ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) .

²⁰¹ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (5) .

²⁰² Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016, Section 136.

²⁰³ Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016, Section 136 (1)

ร่วมลงทุนซึ่งมีมูลค่าเกินกว่าเกณฑ์ของสหภาพยุโรป หรือเกินกว่าเกณฑ์ของประเทศ จะไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนใดส่วนหนึ่งในช่วงระยะเวลาของสัญญาได้ นั่นคือ กรณีการแก้ไขมูลค่าของสัญญามากกว่าร้อยละ 50 ของสัญญาเดิมจะไม่สามารถทำได้ และการแก้ไขในกรณีดังต่อไปนี้จะต้องมีการดำเนินขั้นตอนในการทำสัญญาตามกฎหมายใหม่ คือ การแก้ไขสัญญาโดยรับผู้สมัครร่วมทุนรายอื่นเข้ามาในสัญญา นอกเหนือจากคู่สัญญาที่ได้คัดเลือกเข้ามาในสัญญาตามสัญญาเดิม หรือการแก้ไขสัญญาอันเป็นการตอบรับการประกวดราคา นอกเหนือจากที่ได้รับการยอมรับในตอนแรกของสัญญา หรือการแก้ไขสัญญาเพื่อเป็นการดึงผู้เข้าร่วมเพิ่มเติมจากขั้นตอนการจัดซื้อในสัญญาเดิม หรือ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสมดุลทางเศรษฐกิจของข้อตกลงหรือกรอบข้อตกลงเพื่อสนับสนุนคู่สัญญาในลักษณะที่ไม่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงเดิมหรือกรอบข้อตกลงเดิม รวมทั้ง กรณีการแก้ไขสัญญาเพื่อเป็นการขยายขอบเขตของข้อตกลงหรือกรอบข้อตกลงอย่างมาก และการแก้ไขสัญญาให้คู่สัญญารายใหม่แทนที่คู่สัญญาเดิม โดยอาศัยข้อตกลงตามสัญญาเดิม อันเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาของสัญญา ในกรณีเหล่านี้ จะไม่ถือเป็นการแก้ไขสัญญา แต่จะถือเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่ ซึ่งจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการจัดทำสัญญาใหม่ทั้งหมด

2. การแก้ไขสัญญาซึ่งไม่จำเป็นต้องจัดทำกระบวนการทำสัญญาใหม่²⁰⁴

ตามที่ Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016 ได้วางหลักการแก้ไขสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (ซึ่งใช้กับสัญญาร่วมลงทุนด้วย) ไว้ในข้อ 136 (2) ซึ่งสรุปความได้ว่า ข้อตกลงการจัดซื้อจัดจ้างและกรอบข้อตกลงอาจได้รับการแก้ไขโดยไม่มีขั้นตอนการจัดซื้อใหม่ได้ ภายใต้อันเงื่อนไขว่า มูลค่าของการแก้ไขสัญญาต้องไม่เกินร้อยละ 50 ของมูลค่าของข้อตกลงเดิมในกรณีต่อไปนี้

(1) การแก้ไขสัญญานั้นเป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งข้อกำหนดหรือเงื่อนไขนั้นเป็นที่ทราบในระหว่างขั้นตอนการจัดซื้อ และถูกกำหนดในเอกสารการจัดซื้อจัดจ้าง โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าทางการเงิน ซึ่งข้อกำหนดและเงื่อนไขดังกล่าวมีความชัดเจนแม่นยำและไม่คลุมเครือ โดยจะต้องไม่เป็นการแก้ไขในลักษณะทั่วไปของข้อตกลงการจัดซื้อจัดจ้างหรือกรอบข้อตกลง

²⁰⁴ Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016, Section 136 (2)

(2) การแก้ไขข้อตกลงนั้นจำเป็นสำหรับคู่สัญญาตามสัญญาเดิมที่จะต้องทำงานเพิ่มเติมบริการหรือการส่งมอบสินค้าพิเศษที่ไม่ได้รวมอยู่ในข้อตกลงเดิมและไม่สามารถเปลี่ยนคู่ค้าตามสัญญาได้ด้วยเหตุผลทางการเงินหรือทางเทคนิค และจะทำให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมีนัยสำคัญหรือ ต้นทุนที่ทับซ้อนกันอย่างมีนัยสำคัญสำหรับคู่สัญญาที่ทำสัญญา

(3) ความจำเป็นในการแก้ไขเกิดจากสถานการณ์ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถคาดการณ์ได้และการแก้ไขจะไม่ส่งผลกระทบต่อลักษณะทั่วไปของข้อตกลงการจัดซื้อเดิม

(4) การปรับเปลี่ยนคู่สัญญา โดยการปรับโครงสร้างองค์กร การควบรวมกิจการ หรือเกิดการล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งมีข้อตกลงให้สามารถทำได้ในสัญญาเดิม และการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสาระสำคัญอื่นๆ และต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้ตามกฎหมายนี้

(5) กรณีเป็นการแก้ไขสัญญาเล็กน้อย ในมูลค่าที่ต่ำกว่าค่าเกณฑ์ของประเทศ หรือมูลค่าเกณฑ์ของสหภาพยุโรป และไม่มีผลกระทบต่อลักษณะทั่วไปของสัญญา ทั้งนี้ มูลค่าของการแก้ไขสัญญาในกรณีนี้จะต้องน้อยกว่าร้อยละ 10 ของมูลค่าของสัญญาจัดหาบริการเดิมหรือสัญญาสัมปทานในการให้บริการ และมูลค่าของการแก้ไขสัญญาในกรณีนี้จะต้องน้อยกว่าร้อยละ 15 ของมูลค่าของสัญญาจ้างงานสาธารณะเดิมหรือสัญญาสัมปทาน

การแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือการแก้ไขสัญญาซึ่งถึงขนาดที่ทำให้หลักการของสัญญาเดิมเปลี่ยนแปลงไป จะไม่เป็นถือเป็นการแก้ไขสัญญา แต่จะถือเป็นการทำสัญญาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการกระบวนการทำสัญญาใหม่

นอกจากบทบัญญัติข้างต้นแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศส ได้วางหลักการอันเป็นขอบเขตของการแก้ไขสัญญาทางปกครองไว้ใน 2 กรณี ซึ่งปรากฏ คดี Union des transports publics urbains et régionaux คือ

1. การแก้ไขสัญญาในเชิงปริมาณ กล่าวคือ การแก้ไขสัญญาทางปกครองจะต้องไม่เป็นถึงขนาดเป็นการล้มโครงสร้างของสัญญา²⁰⁵ และ

2. การแก้ไขสัญญาในเชิงคุณภาพ คือ การแก้ไขสัญญาทางปกครองไม่เป็นการกำหนดให้คู่สัญญาทำงานใหม่ที่แตกต่างไปจากงานเดิมที่กำหนดในสัญญาอย่างสิ้นเชิง

²⁰⁵ ชาญชัย แสงวงศ์, สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ. หน้า 56.

อีกทั้ง ยังมีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดประเทศฝรั่งเศสในคดี *Préfet de la region Ile-de-France c/Soc. de gérance Jeanne d'Arc* ลงวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ.1995 ได้วางหลักเรื่องการแก้ไขสัญญาโดยความตกลงของคู่สัญญา ว่าคู่สัญญาอาจตกลงกันแก้ไขสัญญาได้โดยเสรี ปรากฏตามคำวินิจฉัยในคดี *Coste* คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ.1907 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า แม้ว่าการทำสัญญานับแรกจะผ่านขั้นตอนการประกวดราคามาแล้ว แต่คู่สัญญาก็ยังสามารถตกลงแก้ไขสัญญาได้โดยเสรี แต่อย่างไรก็ตาม หากการแก้ไขสัญญานับแรกนั้น เป็นการแก้ไขเพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการในการจัดทำสัญญานับใหม่ขึ้น กล่าวคือ หากเนื้อหาของสัญญานับใหม่ที่ได้แก้ไข ไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญานับแรก หรือเป็นการแก้ไข โครงร่างของสัญญาหรือเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ออกจากขอบของสัญญานับแรกอย่างมาก การแก้ไขสัญญานั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการแก้ไขสัญญาในลักษณะเช่นนั้น จะถือว่าเป็นการทำสัญญานับใหม่²⁰⁶

กล่าวโดยสรุป คือ การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส นั้น จะต้องไม่เข้าลักษณะเป็นการเข้าทำสัญญาใหม่ คือ ต้องไม่ใช่การแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญ และต้องไม่เป็นการแก้ไขข้อสัญญาที่เกี่ยวกับภาระทางการเงินเกินกว่าร้อยละ 50 ของสัญญาเดิมได้ ทั้งนี้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายจากการนั้นคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

ส่วนในประเทศเยอรมันก็ปรากฏข้อความคิดในการยอมรับว่า การปรับและแก้ไขสัญญา PPP อาจต้องใช้ขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐใหม่ หากสัญญาจะมีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ²⁰⁷ การปรับหรือแก้ไขถือเป็นสาระสำคัญหากมีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดที่สำคัญของข้อตกลงและการแก้ไขบ่งชี้ถึงความตั้งใจของคู่สัญญาในการเจรจาข้อตกลงใหม่ อันได้แก่ การเปลี่ยนแปลงผู้รับเหมา การเปลี่ยนแปลงราคาและการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาและขอบเขตของงานหรือบริการ²⁰⁸ อยู่ด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งปรากฏตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (public procurement law)

²⁰⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ. หน้า 55.

²⁰⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Section 132

²⁰⁸ Jan Bonhage, "The Public-Private Partnership Law Review: Germany."

4.2.2.4 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องไม่เป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในสาระสำคัญ

คำแนะนำของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships) ได้วางหลักทั่วไปของกรอบกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (General legal and institutional framework) ในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP contract) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยการโอนสิทธิในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนไว้ กล่าวคือ โดยหลักแล้วคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนสิทธิไปให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายอื่นจะทำได้ เว้นแต่ จะได้รับความยินยอมจากหน่วยงานภาครัฐผู้รับผิดชอบ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าหน่วยงานของรัฐจะสามารถควบคุมคุณภาพของโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะได้ จากคู่สัญญาที่ได้รับการตรวจสอบและคัดเลือกตามขั้นตอนแล้ว

อีกทั้ง ปรากฏหลักการนี้ ใน The Public Contracts Regulations 2015 No. 102 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาสาธารณะของประเทศอังกฤษใน หมวดที่ 6 (SECTION 6) ข้อ 72 การปรับเปลี่ยนข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมจะไม่ทำให้เกิดกระบวนการจัดทำสัญญาใหม่ ซึ่งข้อตกลงนั้นจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมในกรณี²⁰⁹ กรณีมีการเปลี่ยนคู่สัญญาตามการปรับ โครงสร้างองค์กร การล้มละลายหรือการควบรวมกิจการ และคู่สัญญาใหม่ยังคงเป็นไปตามเกณฑ์การคัดเลือกเดิม (การยกเว้นนี้มีให้เฉพาะในกรณีที่ไม่มี การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอื่น ๆ ในสัญญา)²¹⁰ ในกรณีนี้ ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้โดยไม่ต้องทำสัญญาขึ้นมาใหม่อีกฉบับ

จะเห็นได้ว่าในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน คู่สัญญาถือเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากการตกลงเข้าทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมต้องประเมินถึงความสามารถของคู่สัญญาในสัญญา ทั้งในด้านความสามารถในการดำเนินงาน ประสิทธิภาพของงาน งบประมาณที่ตกลงกันในการดำเนินงานในกิจการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็น

²⁰⁹ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) .

²¹⁰ The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, Article 72 (1) (d) (ii)

สัญญาทางปกครอง ในการเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาโดยส่วนใหญ่แล้วนั้น ต้องมีขั้นตอนของการเปิดให้เอกชนแต่ละรายเสนอข้อตกลง และงบประมาณการดำเนินโครงการ อย่างเท่าเทียมและเสมอภาค อย่างไรก็ตาม หากมีการยินยอมให้แก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยอำเภอใจนั้น ย่อมอาจนำไปสู่การทุจริต เปลี่ยนตัวคู่สัญญาที่มีคุณสมบัติแตกต่างไปจากคู่สัญญาที่ได้ผ่านการคัดเลือกโดยชอบตั้งแต่เริ่มสัญญาได้ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการดำเนินโครงการในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต่อไปได้ และจะนำไปสู่ความไม่เสมอภาค และไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอื่นที่ได้เสนอข้อตกลงขอเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในขั้นแรกของการเลือกคู่สัญญาอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ควรจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่สำคัญ ดังนี้ การแก้ไขสัญญานั้นต้องเนื่องมาจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ การแก้ไขสัญญาต้องไม่เป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนทำให้เป็นสัญญาใหม่

4.2.2.5 การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องเป็นไปตามแนวความคิดเรื่องการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

การแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ขอมริบแนวคิดเรื่องเอกสิทธิ์การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ในหลักที่ว่าการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญของสัญญาเดิมจะถือเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่ ซึ่งหมายความว่า ขอบเขตแห่งการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง จะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาไทย ซึ่งวางแนวความเห็นในลักษณะใกล้เคียงกัน คือ เรื่องเสร็จที่ 625/2537 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาวางแนววินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาเดิมถือเป็นการทำสัญญาใหม่ หรืออีกนัยหนึ่งคือ แนวคำวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นว่าการแก้ไขสัญญาทางปกครองในสาระสำคัญ ไม่ถือเป็นการแก้ไขสัญญาในสัญญาฉบับเดิม แต่ถือว่าเป็นสัญญาใหม่ที่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนในกฎหมายใหม่ทั้งหมด

กล่าวโดยสรุป จากการพิจารณาข้อความคิดในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งจากแนวคิดในกฎหมายต่างประเทศ และในกฎหมายของไทย จะพบว่า มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งใช้ในการจำกัดขอบเขตของอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน กล่าวคือ การแก้ไขสัญญานั้นจะต้องไม่เป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา เพราะการแก้ไขสัญญาเช่นนั้น มีลักษณะเป็นการเกิดขึ้นของสัญญาอีกฉบับ มิใช่การแก้ไขสัญญาเดิม โดยหลักการนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาใช้อำนาจเพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการหรือขั้นตอนของการเริ่มต้นสัญญาตามกฎหมาย ซึ่งได้ผ่านกระบวนการตรวจสอบโดยชอบแล้ว

4.2.2.6 การวิเคราะห์เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาในสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย

1. สัญญาร่วมลงทุนโครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อมสามสนามบิน ฉบับลงวันที่ 24 ตุลาคม 2562

จากการศึกษาพบว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทย ปัจจุบันมีการกำหนดข้อตกลงในสัญญา ซึ่งมีข้อกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองคู่สัญญาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้ฝ่ายเดียว เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในมาตรา 50 (2) ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 นั่นคือ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน 224,544 ล้านบาท ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้า บริษัท เจริญโภคภัณฑ์โฮลดิ้ง จำกัด หรือซีพีและพันธมิตร โดยในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการดังกล่าว มีการระบุข้อสัญญาตอนหนึ่งไว้ว่า

“ข้อ 29 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อความมั่นคงของประเทศ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือมีเหตุที่ทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักลง และเหตุการณ์ดังกล่าวมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และเมื่อ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ได้รับความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรี การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย มีสิทธิใช้อำนาจเข้าไปดำเนินโครงการฯ เองทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว โดยอาจเป็นการสั่งให้เอกชนคู่สัญญา

เปลี่ยนแปลงงานตามข้อ 17.1 (3) หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นใดดำเนินการดังกล่าวก็ได้ หรือมีสิทธิสั่งให้มีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามข้อ 39.2 หรือมีสิทธิเลิกสัญญาร่วมลงทุนตามข้อ 30.2 ได้

ทั้งนี้ ก่อนที่ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะดำเนินการใดๆ ในข้อ 29 นี้ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะแจ้งให้เอกชนคู่สัญญาทราบเป็นหนังสือถึง

- (1) การดำเนินการที่ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะกระทำ
- (2) เหตุที่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ต้องเข้าดำเนินโครงการ
- (3) วันที่จะเริ่มดำเนินการ และ
- (4) ระยะเวลาของการดำเนินการ

ในกรณีที่เหตุเกิดจากการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่ได้มาจากความผิดของเอกชน คู่สัญญาเอกชนคู่สัญญาไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และไม่ถือว่าเอกชนคู่สัญญาผิดหน้าที่ในส่วนนั้น โดย การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย จะจ่ายค่าชดเชยให้เป็นไปตามกฎหมายแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรมตามความเสียหายที่แท้จริง²¹¹ ”

จากข้อกำหนดในสัญญาข้างต้น จะเห็นได้ว่า สัญญาสัญญาร่วมลงทุน โครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อมสามสนามบิน ฉบับลงวันที่ 24 ตุลาคม 2562 นั้น มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่มีข้อตกลงในการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นแนวคิดตามหลักการในสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ให้ความสำคัญกับข้อตกลงในสัญญา กล่าวคือ หากจะให้ผู้สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีการระบุในข้อสัญญาเพื่อให้อำนาจพิเศษเกิดขึ้น โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องทราบสิทธิและหน้าที่ของตนอย่างชัดเจนในสัญญา ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ที่ถึงแม้ว่าสัญญาทางปกครองนั้น จะไม่มีการระบุเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญา ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษได้ ตามหลักทฤษฎีบริการสาธารณะในสัญญาทางปกครองซึ่งมุ่งเน้นคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

²¹¹ บากบัน บุญเลิศ, "ไฮสปีด 3 สนามบิน' ประวัติศาสตร์การประมูล ".

ทั้งนี้ ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่า สำหรับประเทศไทยที่ได้รับอิทธิพลในเรื่องสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่จากแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส²¹² จึงเห็นว่าเอกลักษณ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้น แม้ไม่มีการกำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เอกสิทธิ์พิเศษนั้น ก็สามารถใช้อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โครงการรถไฟความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน ได้บัญญัติเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองไว้ในข้อตกลงของสัญญา เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน เพื่อให้คู่สัญญาได้ทราบถึงเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน

4.2.2.7 การวิเคราะห์การชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 50 (2)

กรณีเกิดการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แม้จะเป็นเอกสิทธิ์พิเศษที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตาม “หลักคุณภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง” ซึ่งหมายถึง การจ่ายเงินตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น จะต้องปรับเปลี่ยนสอดคล้องกับภาระหน้าที่ตามความเป็นจริง ซึ่งอาจจะเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ แทนที่จะเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาอย่างเคร่งครัด²¹³ อันเป็นหลักการที่ไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง โดยศาลปกครองไทยก็ให้ความคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ต้องเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐในการแก้ไขสัญญาทางปกครองเช่นกัน และปรากฏหลักการนี้ในมาตรา 50 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 แม้ในปัจจุบันจะยังไม่มีคดีซึ่งเป็นข้อพิพาทตามมาตรา 50 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ขึ้นสู่ศาลปกครอง อันจะเป็นแนวทางในการวินิจฉัยเกณฑ์ที่กำหนดการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจตามความในมาตรา 50 (2) วรรคหนึ่ง แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่า ศาลปกครองไทยได้วินิจฉัยวางหลักอันเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองไว้ในกรณีเกิดการแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับกรณีข้างต้นได้ ดังนี้

²¹² มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง. หน้า 105.

²¹³ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 98-103.

ก. กรณีเป็นความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการ

การแก้ไขสัญญาทางปกครองอันเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการนั้น จะต้องพิจารณาให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของทางราชการ ในการทำให้บริการสาธารณะบรรลุผลกับความเสียหายของเอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องแบกรับภาระจากเงินค่าปรับ โดยจะต้องพิจารณาถึง ส่วนได้เสียทุกทางของทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ รวมทั้งความผิดหรือความบกพร่อง ของส่วนราชการประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินสมควร ²¹⁴ ปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.513/2554²¹⁵

²¹⁴ สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่มที่ 4, vol. มีนาคม 2556. หน้า 879

²¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.513/2554 เป็นกรณี การประปาส่วนภูมิภาคทำสัญญาจ้างให้เอกชนก่อสร้างปรับปรุงระบบสูบน้ำแรงสูง ซึ่งเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทำงานแล้วเสร็จจึงได้ส่งมอบงาน และมีการเรียกค่าปรับตามสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่า การเรียกค่าปรับตามสัญญาไม่ถูกต้อง เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาในระหว่างดำเนินการก่อสร้าง โดยการประปาส่วนภูมิภาคได้เร่งรัดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดำเนินการก่อสร้างระบบจ่ายน้ำซึ่งเป็นงานหลักของสัญญาให้แล้วเสร็จก่อนสิ้นสุดสัญญา เพื่อให้ผู้รับสัมปทานจากการประปาส่วนภูมิภาคอีกรายหนึ่ง เข้าใช้ระบบการจ่ายน้ำได้ทันกำหนด มิฉะนั้น การประปาส่วนภูมิภาคจะถูกผู้รับสัมปทานปรับตามสัญญา เป็นเหตุให้การประปาส่วนภูมิภาคต้องเปลี่ยนแปลงประเภทชนิดของประตุน้ำ ซึ่งไม่มีการผลิตในประเทศไทย และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้เวลาในการสั่งซื้อประตุน้ำชนิดใหม่จากต่างประเทศโดยใช้ระยะเวลา 3-5 เดือน โดยการประปาส่วนภูมิภาคให้ความยินยอมแล้ว เป็นเหตุให้การประปาส่วนภูมิภาคสามารถใช้งานประตุน้ำชนิดใหม่ก่อนระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่าเงินค่าปรับที่การประปาส่วนภูมิภาคเรียกนั้นไม่เป็นธรรม ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยราชการลดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือขยายเวลาทำการตามสัญญาได้ ซึ่งในกรณีที่เกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการนั้น เป็นอำนาจของส่วนราชการที่จะพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา เพื่อเป็นมาตรฐานในการควบคุมให้การดำเนินการตามสัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มิให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้งการใช้ดุลยพินิจในการขยายเวลาส่งผลต่อการคำนวณค่าปรับซึ่งนำไปสู่สิทธิในการเลิกสัญญาอันกระทบต่อการดำเนินการสัญญาและความเสียหายที่เกิดแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น จึงต้องพิจารณาให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ ของทางราชการในการทำให้บริการสาธารณะบรรลุผลกับความเสียหายของเอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องแบกรับภาระจากเงินค่าปรับ โดยจะต้องพิจารณาถึงส่วนได้เสียทุกทางของทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ รวมทั้งความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินสมควร ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถส่งมอบงานได้ทันกำหนดเวลาตามสัญญา เป็นเพราะการสั่งซื้อประตุน้ำชนิดใหม่ซึ่งต้องนำเข้าจากต่างประเทศ อันเป็นผลโดยตรงจากการที่การประปาส่วนภูมิภาคยินยอมให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนใช้ประตุน้ำชนิดใหม่

ข. กรณีมีเหตุสุดวิสัย

กรณีมีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้น และนำไปสู่การแก้ไขสัญญาในระหว่างระยะเวลาสัญญา นั้นจะต้องเป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ ไม่อาจคาดหมายได้ในพฤติการณ์ปกติ แม้จะได้จัดการระมัดระวัง ตามสมควรในภาวะเช่นว่านั้นแล้ว²¹⁶

ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2555 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดตาก ทำสัญญาจ้างให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กข้ามแม่น้ำวัง ต่อมา ระดับน้ำในแม่น้ำวังเพิ่มสูงขึ้นจนท่วมบริเวณพื้นที่ก่อสร้าง ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานตามสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมีหนังสือถึงองค์การบริหารส่วนจังหวัดตาก เพื่อขอยุติการปฏิบัติงานและขอขยายระยะเวลาการทำงานหลายครั้ง แต่องค์การบริหารส่วนจังหวัดตาก เห็นว่าเหตุดังกล่าวไม่ใช่เหตุสุดวิสัย เนื่องจากเป็นน้ำท่วมตามฤดูกาลปกติ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาได้เตรียมการป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้นและมีเครื่องมือ ที่เหมาะสมจะสามารถทำงานตามสัญญาได้ จึงไม่ให้ขยายระยะเวลาตามสัญญาออกไป เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการตามสัญญาเสร็จ จึงได้ส่งมอบงานและถูกปรับตามสัญญา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยจากข้อเท็จจริงในคดีแล้วว่า เหตุดังกล่าว เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลพิบัติอันไม่อาจป้องกันได้ เหตุน้ำท่วมสถานที่ก่อสร้างข้างต้นจึงถือเป็นเหตุสุดวิสัยตามมาตรา 820 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เป็นการชั่วคราว ถือเป็นสาเหตุที่เกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการ และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มีความจำเป็นต้องขอขยายระยะเวลาการส่งมอบงานด้วยเหตุดังกล่าว เพื่อรักษาประโยชน์ของการประปาส่วนภูมิภาคที่จะไม่ต้องเสียค่าปรับเนื่องจากการส่งมอบงานช้ากว่ากำหนด ในขณะที่การประปาส่วนภูมิภาคก็ไม่ได้เสียประโยชน์หรือเกิดความเสียหายเนื่องจากการส่งมอบงานล่าช้าแต่อย่างใด ดังนั้น การที่การประปาส่วนภูมิภาคพิจารณาให้ขยายเวลาส่งมอบงานก่อสร้างเพียงเท่าที่ใช้เวลาในการพิจารณา ข้อมูลทางเทคนิคตามข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีเป็นระยะเวลา 25 วัน อันเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต้องชำระค่าปรับเป็นจำนวน 97 วัน จึงเป็นการใช้ดุลยพินิจที่ไม่เหมาะสมแก่กรณี การคิดค่าปรับของการประปาส่วนภูมิภาคจึงเป็นการปรับที่สูงเกินส่วนและไม่เป็นธรรม แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ศาลปกครองจึงให้ลดค่าปรับลง และพิพากษาให้การประปาส่วนภูมิภาค คืนเงินค่าปรับจำนวน 1,320,482 บาท ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

²¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8

คำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่า เหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคล ในฐานะและภาวะเช่นนั้น

4.3. ปัญหาเรื่องการขาดกระบวนการตรวจสอบร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งได้แก้ไขแล้ว ตามความในมาตรา 50 (2)

จากการศึกษาพบว่า ในการทำสัญญาของภาครัฐ ส่วนราชการทุกส่วนต้องส่งร่างสัญญาของภาครัฐ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามในสัญญา รวมถึงสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 แล้วจะพบว่า กฎหมายให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้วตามมาตรา 50 (2) โดยหน่วยงานเดียว และไม่มีการบัญญัติถึงขั้นตอนหรือกระบวนการตรวจสอบร่างสัญญาโดยหน่วยงานอื่น iva แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ที่กำหนดให้สัญญาซึ่งได้แก้ไขตามมาตรา 46 จะต้องส่งร่างสัญญาไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อให้ตรวจพิจารณาก่อน จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 นั้น ต้องดำเนินการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่แก้ไขไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาอีกครั้งหรือไม่

จากการศึกษาบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า ระหว่างบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับบริษัทโทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยว่า

“...เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติ จะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ประสงค์ให้การอนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน และการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว หากจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนิน โครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานพิจารณา หากพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยก็จะต้องรายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด และหากเป็นเรื่องที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการ ก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะลงนามในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้...”

จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 คือการไม่ประสงค์ให้อำนาจพิจารณาแก้ไขสัญญาเป็นของบุคคลเดียวหรือหน่วยงานเดียว จึงกำหนดให้ต้องดำเนินการส่งสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขเพิ่มเติมไปยังคณะกรรมการประสานงานพิจารณา และให้รายงานรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเห็นชอบ และหากเป็นการแก้ไขสัญญาเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา ก็ชอบที่จะให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมลงทุนตามกฎหมาย²¹⁷ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 แล้ว จะเห็นว่ามาตรา 50 (2) เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรี เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งแก้ไขโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการเพียงหน่วยงานเดียวและไม่มีข้อกำหนดให้ต้องนำส่งร่างสัญญาซึ่งขอให้แก้ไขนั้น ไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อตรวจพิจารณา จึงเป็นบทบัญญัติที่ขาดขั้นตอนการตรวจสอบตามเจตนารมณ์ของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

แม้การกำหนดให้ฝ่ายปกครอง คือ คณะรัฐมนตรี เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาร่างสัญญาซึ่งได้แก้ไข โดยไม่จำเป็นต้องผ่านสำนักงานอัยการสูงสุดหรือไม่ผ่านการตรวจสอบของหน่วยงานใดเลย แม้จะนำมาซึ่งความคล่องตัวในการแก้ไขปัญหาได้อย่างทันถ่วงที แต่ก็อาจจะนำไปสู่ปัญหาเรื่องการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองได้โดยง่าย เพราะขาดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายปกครอง และอาจเป็นช่องว่างในทางกฎหมายเพื่อการแสวงประโยชน์ในสัญญาที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จำเป็นต้องดำเนินการส่งร่างสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอให้แก้ไข ไปยังสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อพิจารณาอีกครั้ง ก่อนนำส่งไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ เนื่องมาจากการกำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้มีหน้าที่ในการพิจารณาตรวจร่างสัญญาของรัฐนั้น มีวัตถุประสงค์หลัก ก็เพื่อดูแลการทำสัญญาของหน่วยงานรัฐไม่ให้ต้องเสียเปรียบแก่เอกชน ควบคุมตรวจสอบตรวจสอบกระบวนการตามสัญญาและ

²¹⁷ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ. หน้า198.

การดำเนินการให้เป็นไปอย่างคุ้มค่ากับภาษีของประชาชน ที่ใช้ในการดำเนินการ ตลอดจนการป้องกันการทุจริตในหน่วยงานของรัฐอีกทางหนึ่งด้วย²¹⁸

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ทั้งในหมวด 4 และหมวด 5 ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไม่มีการบัญญัติถึงกระบวนการตรวจสอบความชอบของการใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไว้แต่อย่างได้ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่า อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจนี้เอง ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลกระทบ โดยการร้องขอต่อศาล ให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้ เช่น ในคดี Société concessionnaire du garage parking Saint-Honoré C/ Ville de Paris ลงวันที่ ๓ พฤษภาคม ๑๕๗๔ ได้ตัดสินยืนยันว่า คำขอของผู้รับสัมปทานที่มุ่งจะให้ศาลปกครองเป็นผู้ชี้ขาดในการแก้ไข ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจสั่งให้ได้²¹⁹ อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาข้างต้น เนื่องจาก ผู้เขียนมีความเห็นว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นควรอยู่บนพื้นฐานแห่งการควบคุมตรวจสอบได้

4.4.ปัญหาระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2)

โดยหลัก สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจะเกิดขึ้นทันทีเมื่อเกิดสัญญา เว้นแต่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หรือมีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญา ตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จะพบปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ คือ การพิจารณาระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญา ซึ่งได้แก้ไขแล้วตามความในมาตรา 50 (2) คซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

²¹⁸ นารี ตันทเสถียร, "สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ." หน้า 9.

²¹⁹ บุปผา อัครพิมาน, "ผลของสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส." หน้า 14

4.4.1 กรณีมีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตาม มาตรา 50 (2) ไว้ในสัญญา

ในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาสามารถตกลงให้สัญญาผูกพันกันตามเจตนา ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ เท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ ตามหลักเสรีภาพของการทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาด้วย อย่างไรก็ตาม ในสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง มีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันอาจบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องผูกพันตนจาก การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจในการกำหนดระยะเวลา เริ่มมีผลของสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว แต่ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในเรื่องการมีผลของสัญญา ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาเรื่องระยะเวลาการกำหนดความรับผิดชอบในส่วนของสัญญานั้น คู่สัญญาทุกฝ่าย มักจะกำหนดระยะเวลาเริ่มของสัญญาไว้ในสัญญาแต่ละฉบับด้วย ซึ่งหากสัญญาร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชนที่ได้แก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2) ได้มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของ สัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2) ไว้แล้วก็จำเป็นต้องผูกพันตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าว

4.4.2 กรณีไม่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2)

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 กรณีไม่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาที่ได้ แก้ไขแล้วนั้น มีปัญหาให้จำเป็นต้องพิจารณาประการหนึ่งคือ เมื่อสัญญาได้แก้ไขตามความในมาตรา 50 (2) แล้วนั้น สัญญาซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะมีผลใช้บังคับแก่คู่สัญญาเมื่อใด ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

ในลำดับแรกจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) ว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งหากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองจะส่งผลให้การแก้ไขสัญญานั้นจะมีผลเมื่อคำสั่งให้มีการแก้ไขสัญญาไปถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามหลักคำสั่งทางปกครอง มีผลตั้งแต่ขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง ตามความในมาตรา 42²²⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

²²⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้คำนิยามว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎและการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ประกอบกับการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

(1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อมา ให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

(5) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

จากการพิจารณาความหมายของคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองสามารถจำแนกองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ คือ 1. เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ 2. เป็นการใช้อำนาจรัฐ 3. เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย 4. เกิดผลเฉพาะกรณี

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกรองนั้นให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

5. มีผลภายนอกโดยตรง²²¹ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ออกสิทธิในการแก้ไข สัญญาร่วมลงทุน จะเห็นได้ว่า

1. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีลักษณะเป็นการกระทำ โดยเจ้าหน้าที่ เช่นเดียวกับการมีคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ การแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีขึ้นจาก เจ้าหน้าที่ ซึ่งมาตรา 5 ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้ให้ความหมายคำว่า“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือ กิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ จะเห็นว่าตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการ แทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่ง สาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขสัญญา ทางปกครองฝ่ายเดียวของรัฐนั้น จะต้องเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งกระทำผ่านเจ้าหน้าที่รัฐในหน่วยงานคู่สัญญา

2. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจรัฐ เช่นเดียวกับการมีคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เป็นการใช้อำนาจอันเป็นเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์ในทางสาธารณะ ซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ หรือ อำนาจตามกฎหมายอื่น เช่น รัฐธรรมนูญ เป็นต้น

3. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 เป็นการเกิดผลเฉพาะกรณี เช่นเดียวกับการมีคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวเป็นการกำหนดสภาพ

²²¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์ 2540). หน้า 100-114.

ทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ โดยมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง นั่นคือ มุ่งผูกพันคู่สัญญา

4. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไม่เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย ซึ่งแตกต่างกับการมีคำสั่งทางปกครองที่มุ่งประสงค์เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลแต่ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เป็นกรณีการใช้สิทธิบนพื้นฐานแห่งสัญญา จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามคำนิยามมาตรา 3 ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เพราะขาดคุณลักษณะของ “เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย” หรือ “เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย” การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครอง

5. การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีลักษณะเป็นการบังคับเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นการใช้อำนาจเอกสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลง แก้ไขข้อสัญญาให้แตกต่างจากเดิม ภายใต้เหตุแห่งความจำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นได้ว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังนั้น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงไม่จำเป็นต้องผูกพันตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 42 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วไว้ในตัวสัญญา และการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไม่มีลักษณะเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจำต้องผูกพันตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อีกทั้งไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้วไว้โดยเฉพาะ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การพิจารณาระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ต้องพิจารณาตามหลักสัญญาทางแพ่ง ประกอบกับการคำนึงถึงหลักบริการสาธารณะ นั่นคือ การมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขใหม่ ย่อมเป็นไปตาม “หลักเสนอสนองต้องตรงกัน ย่อมเกิดสัญญา” ประกอบกับระยะเวลาเริ่มของสัญญาต้องทำให้การบริการสาธารณะสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง และไม่เสียหายต่อประโยชน์ในทางมหาชน

ดังนั้น ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามมาตรา 50 (2) อันเป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การแก้ไขสัญญานั้น จะต้องมีการเสนอไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับทราบข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อาจจะใช้สิทธิโต้แย้งได้ หากเห็นว่าการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทราบถึงการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองแล้ว ย่อมเป็นการแสดงการเสนอไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ซึ่งการแสดงเจตนาแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง นั้นหมายความว่า อย่างน้อยต้องมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งได้แก้ไข อันปรากฏความชัดแจ้งถึงการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา เหตุแห่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวตามความในมาตรา 50 (2) ค่าชดเชยความเสียหายในสัญญาของฝ่ายปกครอง (ถ้ามี) และเมื่อมีข้อสัญญาปรากฏชัดแจ้งต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงยินยอมและแสดงเจตนาผูกพันตามสัญญาซึ่งได้แก้ไขสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการลงลายมือชื่อในสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้ว หรือการแสดงเจตนาทางอ้อมด้วยการดำเนินการตามสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ย่อมถือว่าสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วมีผลทันทีที่การเสนอสนองต้องตรงกันตามหลักในสัญญาทางแพ่ง สัญญาผูกพันตามเจตนาของคู่สัญญา

ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีการแสดงเจตนาเสนอรับข้อสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 กรณีจำเป็นต้องพิจารณาตามหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่องโดยไม่หยุดชะงัก ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทราบถึงการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฝ่ายเดียวแล้ว ข้อสัญญานั้นย่อม

ผูกพันคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วทันที โดยไม่จำเป็นต้องให้ฝ่ายเอกชนคู่สัญญายินยอมในการดำเนินการตามสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้ว เพราะเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการใช้อำนาจเหนือหรืออำนาจมหาชนบังคับต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการแก้ไขสัญญาพร้อมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 หากไม่ได้กำหนดระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วไว้ในสัญญา จะมีผลก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทราบถึงข้อสัญญาที่ได้แก้ไขโดยชัดแจ้งจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ทั้งนี้ หากจะพิจารณาในประเด็นที่ว่า สัญญาทางปกครองซึ่งได้แก้ไขโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้น เป็นการใช้อำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง ควรจะมีผลบังคับทันทีที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจแก้ไขสัญญาเสร็จสิ้นแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากให้สัญญาฝ่ายปกครองที่แก้ไขโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีผลทันทีที่ฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาเสร็จสิ้น จะเป็นการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตน ซึ่งการมีผลของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งกับการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาทางปกครอง ดังนั้น หากกำหนดให้สัญญาฝ่ายปกครองที่ได้แก้ไขแล้วมีผลทันทีที่ฝ่ายปกครองแก้ไขเสร็จสิ้น แม้จะเป็นประโยชน์ในแง่ของการแก้ไขปัญหาได้ทันที แต่การใช้อำนาจนั้นก็จะเป็นการก้าวล่วงสิทธิพื้นฐานของเอกชนจนเกินสมควร ทั้งนี้ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับคำชดเชยจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองได้ แต่การจะให้บุคคลใดผูกพันตามสิทธิหรือหน้าที่อย่างใด ก็จำเป็นต้องให้บุคคลนั้นทราบถึงข้อเท็จจริงที่เพียงพอ อีกทั้ง การกำหนดให้สัญญาทางปกครองที่ได้แก้ไขแล้วมีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทันที โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังไม่ทราบถึงข้อกำหนดซึ่งได้เปลี่ยนไปในสัญญาอย่างชัดแจ้ง อาจนำมาซึ่งการใช้อำนาจเกินขอบเขตของคู่ฝ่ายปกครอง และการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงการกลั่นแกล้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยมิชอบ หรืออาจจะรวมถึงการคอร์รัปชันของภาครัฐได้ในที่สุด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีความสำคัญทั้งต่อภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนอย่างมาก เนื่องจากการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นการร่วมลงทุนเพื่อดำเนินการโครงสร้างขนาดใหญ่ของประเทศ ตลอดจนการจัดทำบริการสาธารณะพื้นฐานของประเทศ ซึ่งจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากร แรงงาน เทคโนโลยี ตลอดจนงบประมาณ โดยจะเห็นว่ากรร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนส่วนใหญ่ จะอยู่ในรูปแบบของสัญญาระยะยาว ซึ่งผูกพันคู่สัญญาทั้งภาครัฐและเอกชน ดังนั้น ข้อตกลงในสัญญาร่วมลงทุนจึงมีความสำคัญมาก ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ตลอดระยะเวลาของสัญญา และเนื่องจากการลงทุนในโครงการขนาดใหญ่และมีระยะยาว จึงเป็นการยากที่จะกำหนดข้อตกลงที่ครอบคลุมในทุกสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในบางกรณีจึงต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในระหว่างระยะเวลาของสัญญาภาครัฐ ซึ่งจากการศึกษาจะพบว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ได้มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะการให้อาจฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฝ่ายเดียวได้ ปรากฏตามความในมาตรา 50 (2) ซึ่งมีปัญหาทางกฎหมายจะต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้

5.1.1 ปัญหาความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

การพิจารณาปัญหาอันเกิดตามความในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 นั้นจำเป็นต้องพิจารณาในขั้นแรกว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัตินี้ มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษา พบว่า สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ หรือโดยการพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง กล่าวคือ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ประกอบกับปรากฏเอกลักษณ์พิเศษของ

ฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562

5.1.2 ปัญหาการพิจารณาการใช้อำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ในการแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตาม พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 โดยศึกษามาตรา 50 (2)

บทบัญญัติมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึง “การใช้อำนาจ” ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่า มาตรา 50 (2) เป็นบทบัญญัติที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือไม่ และอำนาจนั้นมีอยู่เพียงใด

การพิจารณาว่ามาตรา 50 (2) เป็นบทบัญญัติที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ในทุกส่วนประกอบกัน ซึ่งเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มีการบัญญัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาใน 2 หมวดของกฎหมาย คือ

หมวด 4 การจัดทำและดำเนิน โครงการ โดยปรากฏเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ มาตรา 46 ถึงมาตรา 48 ซึ่งจะเห็นว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในส่วนนี้ มีลักษณะเป็นการแก้ไขสัญญาโดยอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่าย โดยพิจารณาตามความส่วนหนึ่งของมาตรา 46 ซึ่งบัญญัติว่า “...ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้ว...” ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการแก้ไขสัญญาในส่วนนี้จำเป็นต้องมีการเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

ส่วนการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในหมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในมาตรา 50 มีลักษณะเป็นการใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยพิจารณาจาก การบัญญัติกฎหมายที่ไม่ปรากฏว่ามีส่วนใดกำหนดให้ต้องนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนเพื่อไปเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อน เหมือนเช่นในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ประกอบกับการพิจารณาว่าบทกฎหมายในส่วนนี้ ได้แยกออกมาจากบทบัญญัติเรื่องการแก้ไขสัญญาหมวด 4 ส่วนที่ 4 ซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้ไขสัญญาโดยอาศัยความยินยอมของคู่สัญญา อีกทั้ง เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 50 (2) วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “...ในกรณีที่เกิดจากการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงาน

เจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม...” อันแสดงให้เห็นว่า แม้เหตุที่เกิดจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะไม่ได้เกิดมาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ยังสามารถใช้อำนาจแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้ แต่ฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาซึ่งได้รับความเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจนั้น อันเป็นหลักการที่แตกต่างจากหลักในสัญญาทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศส จะเห็นว่า แนวคิดเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ปรากฏตามความเห็นของนักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสส่วนใหญ่ ซึ่งเห็นว่า อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ M. HAURIOU ศาสตราจารย์ PÉQUIGNOT เป็นต้น²²² ดังนั้น เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงมีอยู่และใช้บังคับได้ แม้ไม่มีการบัญญัติในกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ก็ตาม แต่การบัญญัติไว้ในกฎหมายนั้นก็เพื่อไปเพื่อความชัดเจนในการใช้กฎหมาย และจากการศึกษาพบว่า มีการนำบทบัญญัติตามความในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไปกำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนด้วย ได้แก่ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อมสามสนามบิน ฉบับลงวันที่ 24 ตุลาคม 2562 ปรากฏในข้อ 29

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามความในมาตรา 50 (2) จะเห็นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายอย่างกว้าง โดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการพิจารณาตีความเหตุแห่งการแก้ไขสัญญาไว้ค่อนข้างมาก อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองและศาลปกครองไทยก็ยอมรับการใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ แต่การใช้อำนาจนั้นก็มิอาจใช้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องมีอยู่ภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาหลักการและแนวคิดพื้นฐานในเรื่องสัญญาและสัญญาทางปกครอง พบว่า การใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้อำนาจตามหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญา เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักพื้นฐานของแนวคิดด้วยสัญญาทางปกครอง เช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา แต่เมื่อมีความจำเป็นเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะต้องเสียไป คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงจะมีเอกสิทธิ์พิเศษบางประการเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ประกอบกับแนวคิดการแก้ไขสัญญาตามแนวคิดในกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่า การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศมีหลักการพื้นฐานสำคัญที่

²²² นุปผา อัครพิมาน, "ผลของสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส." หน้า 11-12.

คล้ายคลึงกัน คือ การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องมาจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ในขณะที่ทำสัญญา และการแก้ไขสัญญานั้นจะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญถึงขนาดที่ทำให้กลายเป็นสัญญาใหม่

ดังนั้น การแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 จึงควรอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้อำนาจตามหลักการและแนวคิดพื้นฐานในเรื่องสัญญาและสัญญาทางปกครอง ประกอบการพิจารณาว่า การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องมาจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ในขณะที่ทำสัญญา และการแก้ไขสัญญานั้นจะต้องไม่เป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญถึงขนาดที่ทำให้กลายเป็นสัญญาใหม่ เพื่อเป็นแนวทางในการใช้อำนาจแก้ไขสัญญา ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ให้อยู่ในขอบเขตและข้อจำกัดทางกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจาก บทบัญญัติมาตรา 50 นั้น ไม่มีการบัญญัติถึงกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้ในกฎหมาย ดังนั้น หากจะให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาตีความกฎหมายซึ่งบัญญัติอย่างกว้าง โดยไม่มีขอบเขตทางกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ไว้ ก็อาจนำมาซึ่งการใช้และการตีความกฎหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตนได้โดยง่าย

5.1.3 ปัญหาเรื่องการขาดกระบวนการตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งได้แก้ไขแล้ว ตามมาตรา 50 (2)

โดยหลักแล้วสัญญาของภาครัฐ จะต้องนำส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามในสัญญา รวมถึงสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนด้วย ซึ่งจากการศึกษาบทบัญญัติในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 พบว่า ไม่มีการบัญญัติให้ฝ่ายปกครองผู้แก้ไขสัญญา ต้องนำส่งร่างสัญญาซึ่งได้แก้ไขตามมาตรา 50 ไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อตรวจพิจารณา ก่อนการลงนามในสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งอาจทำให้ขาดกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญา อันอาจนำไปสู่การใช้อำนาจโดยไม่ชอบของฝ่ายปกครองได้โดยง่าย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการบัญญัติให้มีขั้นตอนหรือกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญา โดยสำนักงานอัยการสูงสุดไว้ในบทบัญญัติด้วย

5.1.4 ปัญหาระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งได้แก้ไขสัญญาแล้ว ตามมาตรา 50 (2)

บทบัญญัติตามมาตรา 50 (2) ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญา ซึ่งได้แก้ไขแล้วตามมาตรา 50 (2) ไว้จึงอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณี มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วไว้ในสัญญา ระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลของสัญญาก็จะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ตามหลักการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญา ประกอบกับจะต้องไม่ทำให้การจัดทำประโยชน์สาธารณะต้องเสียหายหรือหยุดชะงักลงไป

(2) กรณี ไม่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วไว้ในสัญญา กรณีจะต้องพิจารณาว่า การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวต่อเอกชนกลุ่มสัญญา ในการปรับเปลี่ยนแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีใช้คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามความในมาตรา 50 (2) จึงไม่จำเป็นต้องผูกพันในเรื่องระยะเวลาเริ่มมีผลเมื่อผู้ได้รับแจ้ง ตามความในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ เมื่อไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ประกอบกับไม่มีบทกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองวางหลักในเรื่องนี้ไว้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาระยะเวลาเริ่มมีผลของการแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2) ตามหลักสัญญาทางแพ่ง เท่าที่ไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ ระยะเวลาเริ่มมีผลของการแก้ไขสัญญานั้นจะต้องมีการแสดงเจตนาในการแก้ไขสัญญาโดยชัดแจ้งไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีการแสดงเจตนาสนองตอบ เช่น การลงลายมือชื่อในสัญญา การเข้าดำเนินการตามข้อตกลงที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขสัญญาแล้ว ก็จะได้ถือว่าระยะเวลาเริ่มมีผลเมื่อได้ดำเนินการแสดงเจตนาสนองตอบนั้น และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีการแสดงเจตนาสนองตอบเลย ก็จะต้องถือว่าระยะเวลาเริ่มมีผลของสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้วตามมาตรา 50 (2) มีผลเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทราบถึงรายละเอียดของการแก้ไขสัญญานั้นอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ยินยอมต่อการแก้ไขสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้นอยู่ อันเป็นไปตามหลักทฤษฎีบริการสาธารณะ กล่าวคือ บริการสาธารณะจะต้องดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงักลง และสามารถบรรลุผลได้ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะจึงอยู่เหนือกว่าความยินยอมของเอกชน ซึ่งหากการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิในการเรียกร้องให้

คู่สัญญาฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายอย่างเป็นทางการเป็นธรรม ตามความในมาตรา 50 (2) ประกอบกับ หลักคุณภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครองได้

5.2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐแก้ไขสัญญา ตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุง และเสนอแนะแนวทาง ดังต่อไปนี้

5.2.1. ปัญหาความเป็นสัญญาทางปกครองของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ประเทศไทยไม่มีการจัดทำประมวลว่าด้วยเรื่องสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองบางประเภท จะเห็นได้ว่าโดยลักษณะนั้น สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่มีความสำคัญ ซึ่งส่งผลกระทบต่อกระทำการดำเนินการของรัฐ หรือการจัดทำบริการ สาธารณะไม่มากนัก โดยเฉพะอย่างยิ่ง สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ในการตกลงร่วมลงทุนกับผู้ลงทุนฝ่ายเอกชน เพื่อจัดทำหรือดำเนินการงาน ในโครงการขนาดใหญ่ อาทิ โครงการรถไฟฟ้า โครงการทางด่วน เป็นต้น ซึ่งเป็นสัญญาขนาดใหญ่ ที่เกี่ยวข้องกับเงินลงทุน ทรัพยากรจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องเป็นสัญญาที่มีลักษณะค่อนข้าง ชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้ ไม่เพียงให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องต่อการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐเองแล้ว ยังเป็นไปเพื่อความมั่นคงในด้านความน่าเชื่อถือในการลงทุนของผู้ลงทุนฝ่ายเอกชน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการบัญญัติให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายบัญญัติ โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนของสภาพบังคับของสัญญาทางปกครอง รวมทั้ง สร้างความเชื่อมั่นและแน่ชัดให้กับผู้ลงทุนทั้งชาวไทย และชาวต่างชาติให้สามารถ ทราบถึงหลักเกณฑ์ในการใช้บังคับสัญญาร่วมลงทุนเช่น เพื่อความชัดเจนแน่นอนของการปฏิบัติตาม สัญญา ของคู่สัญญาทางภาครัฐและเอกชน เพื่อให้คู่สัญญาได้ทราบอย่างชัดเจนถึงสิทธิและ หน้าที่ของตนที่จำต้องผูกพันตนตามสัญญาทางปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องรอให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัย ในเบื้องต้น และเป็นการลดปัญหาในประเด็นปัญหาที่ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยลักษณะของสัญญาว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ รวมทั้งเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือและความเชื่อมั่นให้แก่

ผู้ลงทุนในสัญญา ที่อาจจะเป็นคู่สัญญาต่างประเทศ ให้สามารถทราบได้แน่นอนว่าสัญญาใดบ้างเป็นสัญญาทางปกครองของไทยตามกฎหมายไทยอย่างชัดเจน

5.2.2. ปัญหาความไม่ชัดเจนของการใช้อำนาจสาธารณะแก้ไขสัญญา ตามมาตรา 50 (2)

ปัญหาความไม่ชัดเจนของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยการใช้อำนาจสาธารณะตามมาตรา 50 (2) ส่วนหนึ่งนั้นเกิดจากการบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะกว้าง โดยเปิดช่องให้เกิดการตีความบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ซึ่งหากเกิดปัญหาขึ้นในภาคหน้า คงจำเป็นต้องอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยในเรื่องกับข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจาก เหตุที่นำไปสู่การแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2) โดยหลักนั้นเป็นเหตุร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อการค้าในสัญญาหรือสังคมาการแก้ไขสัญญาส่วนใหญ่จึงน่าจะเป็นการแก้ไขสัญญาในสาระสำคัญของสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งอาจจะนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาได้ และการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญานั้นจะเป็นการทำสัญญาใหม่ขึ้นมากกว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฉบับเดิม

อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีให้จำต้องวินิจฉัยขอบเขตหรือหลักเกณฑ์การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจตามข้างต้นนั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของสัญญาเท่าที่ไม่ขัดกับประโยชน์สาธารณะ และต้องอยู่ภายใต้หลักสัญญาทางปกครอง ประกอบกับหลักทั่วไปทางมหาชน เพื่อเป็นขอบเขตในการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้หลักการทางกฎหมาย และควรจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่สำคัญ ดังนี้ การแก้ไขสัญญานั้นต้องเนื่องมาจากเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ การแก้ไขสัญญาต้องไม่เป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนทำให้เป็นสัญญาใหม่ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตของการแก้ไขอันใดในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขสัญญาของมาตรา 50 (2) ของฝ่ายปกครอง โดยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะ หรือการบัญญัติกฎหมายกลางอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำหรือบรรทัดฐานของสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ เช่น ประมวลกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

5.2.3. ปัญหาเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการตรวจร่างสัญญาตามมาตรา 50 (2)

จากการศึกษาพบว่า การตรวจร่างสัญญาทางปกครอง ต้องส่งให้สำนักงานอัยการพิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเสนอว่า ในเรื่องการตรวจร่างสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว โดยเฉพาะในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่มีความสำคัญระดับชาตินั้น อาจจะพิจารณาบทกระบวนการตรวจสอบร่างสัญญาร่วมลงทุนในกฎหมาย หมวด 4 ส่วนที่ 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 มาปรับใช้กับ มาตรา 50 ด้วย หรือเสนอให้มีการระบุขั้นตอนหรือกระบวนการตรวจร่างสัญญา โดยการกำหนดให้หน่วยงานราชการเจ้าของโครงการผู้เสนอให้แก้ไขสัญญา ความความในมาตรา 50 จะต้องส่งร่างสัญญาไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาก่อนนำส่งร่างสัญญาที่ได้ตรวจพิจารณาแล้วไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาต่อไป โดยจำต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 50 (2) ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันและเพื่อประโยชน์ในด้านการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอีกทางหนึ่ง และหากพบว่าเอกชนคู่สัญญาต้องเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ตามมาตรา 50 ในกรณีที่ทำคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่า การแก้ไขสัญญาตามความในมาตรา 50 นั้นเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ หรือเกินขอบเขตแห่งอำนาจ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมจะมีอำนาจในการขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการแก้ไขสัญญานั้น ได้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไม่มีหลักกฎหมายใดวางหลักเกณฑ์ ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการบัญญัติอำนาจการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไว้ในบทกฎหมายอีกด้วย ซึ่งตระหนักว่า การใช้อำนาจในการแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบได้ด้วยเช่นกัน

5.2.4. ปัญหาระยะเวลาเริ่มมีผลของการแก้ไขสัญญาตามมาตรา 50 (2)

จากการศึกษา ซึ่งพบว่า ตามมาตรา 50 (2) พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ไม่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาซึ่งได้แก้ไขแล้วไว้ในบทกฎหมาย ซึ่งอาจจะนำมาซึ่งความไม่เข้าใจกันระหว่างคู่สัญญา และบุคคลภายนอกซึ่งต้องเกี่ยวข้องกับสัญญา ในการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มมีผลของการแก้ไขสัญญาไว้ในข้อกำหนดของสัญญาที่ได้แก้ไขแล้ว และจะเป็นการดียิ่งหากมีการกำหนดบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการเริ่มต้นของสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บรรณานุกรม

- กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคี (Ppps) ที่ปรากฏในประเทศไทย." นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- กลิ่นประชา, สุรพงศ์. "สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย." นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- กิตติศักดิ์ ปกรติ. เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย หลักสุจริต และเหตุเหนือความคาดหมาย ในการชำระหนี้ (*Good Faith & Supervening Events*) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สัญญาของรัฐ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- ชัยเชษฐริยะ,ชาติ. "บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ." วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 40, no. 2 (2565).
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. "กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ." วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2527).
- . "สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ." วารสารกฎหมายปกครอง (6 เมษายน 2530).
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: จีริชการพิมพ์ 2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาของทางราชการ :กฎหมายเปรียบเทียบ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร. "หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์." วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ no. 3.
- ชนกฤต วรธนัชชากุล. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 : กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้บังคับกฎหมาย. สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงต่างประเทศ (2556).
- "ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ." Updated 7 เมษายน 2556, <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1840>.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- . หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. Edited by 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- นาถิรินทร์ จันทร์งาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- นารี ตันตเสถียร. "สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ." วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 38, no.

1 (2563).

นิรัชรา พงศ์อาจารย์. "ทิศทางของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย". วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน กรกฎาคม - ธันวาคม 2562, no. 2 (12).

บรมานันท์., นันทวัฒน์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข้มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ. คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). (สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, 2556).

"ไฮสปีด 3 สนามบิน' ประวัติศาสตร์การประมูล ", 2562, <https://www.thansettakij.com/columnist/418675>.

บึงไกร, วีระพงษ์. "ข้อควรพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย." วารสาร กระบวนการยุติธรรม เมษายน-มิถุนายน 2554, no. 4.

บุปผา อัครพิमान. "ผลของสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส." รวมบทความทางวิชาการเล่ม ๑ : กฎหมาย ปกครอง ภาคสารบัญญัตินิติ

ประยูร กาญจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2523.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย." วารสารจตุนิติรัฐสภา.

พลกุล, โภกิน . " ส ัญ ญา าท ่าง ป ก ค ร อ ง ใน ก ฎ ห ม า ย ไ ท ย . " <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=692&Page=4>.

"การปฏิรูปเศรษฐกิจเพื่อความเป็นธรรมในสังคม." 2557, <https://tdri.or.th/2014/05/a151/4>.

พิชญ กลั่นนุรักษ์. "ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย." นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

มานิตย์ วงศ์เสรี. นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565.

———. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

ฤทัย หงส์ศิริ. ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง. Edited by 9. สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติ บัณฑิตยสภา.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครองภาคทั่วไป. Edited by 1. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, กุลศักดิ์ ช่วยชู, ศรศักดิ์ ตันติวิทย์, . "การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ Public Private Partnerships (Ppps)." วารสารกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2 (2554).

"อ ง ค ์ ก า ร ม ห า ข น คี อ อ ะ ไ ร . " Updated กันยายน 2548, <http://web.krisdika.go.th/activityDetail.jsp?actType=I&actCode=68&head=4&item=n5>.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงานประมาทของรัฐสภา. รายงานวิชาการสำนักงบประมาณของรัฐสภา ฉบับที่ 3/2559 : การวิเคราะห์การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน

สำนักงานศาลปกครอง. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่มที่ 4. Vol. มีนาคม 2556.

———. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ, 2547.

สิริวิชญ์ ทีวะกุล. "สัญญาของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย." นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

———. "สัญญาทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีสัญญาภาครัฐในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปกับสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย." วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 11, no. 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2561).

สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ. "สัญญาสัมปทาน." วารสารกระบวนการยุติธรรม 4, no. มกราคม-มีนาคม 2554.

อัศรพิมาน, นุบผา. "สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักการของกฎหมายฝรั่งเศสและของไทย." (2545).

อำนาจ บุญรัตน์ไมตรี. "แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่น." วารสารการเมืองการปกครอง 6, no. 1 (2559).

"Ppp Laws/Concession Laws - United Kingdom." <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-laws-concession-laws-united-kingdom>.

C.Turpin. *Government Contracts*. 1972.

Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*. Edited by 5.

DACI, Jordan. "Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: Are They the Same or Different?". *Academicus - International Scientific Journal*.

"The Public-Private Partnership Law Review: Germany." <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany#footnote-070>.

"Germany: Public Private Partnerships in Germany - an Overview." <https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement-ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany--an-overview>.

Robert H Edwards Jr, R. F. . "United States." In *The Public-Private Partnership Law Review*, 2016.

Vaissier, François-Guilhem. "The Public-Private Partnership Law Review ". *THE LAW REVIEWS*. <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-public-private-partnership-law-review-edition-6/1225131/france>.

Wade (E.C.S) and Phillipps (G). *Constitutional and Administrative Law*. Edited by 9. The English Language Book Society, 1978.

"The Public Contracts Regulations 2015." <https://hardwicke.co.uk/the-public-contracts-regulations-2015/>



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล Ploenwara Hemkothawisap
วัน เดือน ปี เกิด 8 September 1993
สถานที่เกิด Thailand



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY