

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับ
สัญญาทางปกครอง: ศึกษากรณีหลักสุจริตในสัญญา
สัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

**THE APPLICATION OF GENERAL PRINCIPLES
OF LAWS IN ADMINISTRATIVE PROCEEDING
CONCERNING ADMINISTRATIVE CONTRACTS:
THE CASE STUDY OF THE GOOD FAITH
PRINCIPLE APPLIES TO CONCESSIONS CONTRACTS
AND PUBLICITY UTILITY CONTRACTS.**

Received: November 8, 2019

Revised: March 10, 2020

Accepted: March 11, 2020

นิรัชรา พงศ์อาจารย์*

Niratchara Pongajarn*

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

* Lecturer, Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

* Email: niratchara.won@dpu.ac.th

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้ศึกษาในเรื่องของการนำ “หลักสุจริต” มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำ “หลักสุจริต” อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายในทุกกระบวน มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อบังคับใช้แก่สัญญาใน “สัญญาทางปกครอง” โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ “หลักสุจริต” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญต่อกฎหมายแพ่งทั้งระบบ โดยเฉพาะในเรื่องของการทำสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่ามีบทบัญญัติถึง “หลักสุจริต” จำนวนหลายมาตรา เพื่อควบคุมการกระทำและการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอันสำคัญที่อาจส่งผลให้การกระทำนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ในส่วนของบริษัทบัญญัติของสัญญาทางปกครอง ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กลับไม่พบการกำหนดถึงหลักสุจริตที่เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาเลย

จากการศึกษาโดยการค้นคว้าทางเอกสาร งานวิจัย และคำพิพากษาศาลปกครอง พบว่า ตุลาการศาลปกครองได้นำหลักสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายคดี มีทั้งกล่าวอ้าง หลักสุจริตทั่วไปตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่ได้กล่าวอ้าง อันอาจเนื่องมาจากการขาดบทบัญญัติถึงหลักสุจริต ซึ่งคดีพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองนั้น ส่วนใหญ่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการบอกเลิก แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการบัญญัติ “หลักสุจริต” อันเป็นหลักจริยธรรมสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อกระบวนการทั้งหมดของการทำสัญญา มากำหนดบังคับใช้แก่สัญญาทางปกครอง

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง หลักสุจริต

Abstract

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

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

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

Keywords: Administrative Contracts, Principles of Good Faith

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“สัญญาทางปกครอง” ในระบบกฎหมายไทยนั้น ปรากฏมาตั้งแต่สมัยสมเด็จพระนเรศวรมหาราช ได้ให้ฮอลันดาผูกขาดสินค้าหนังงาช้างและหนังโค ชี้อติบุณ ผูกขาดไม้ และรังนก ฯลฯ นับว่าเป็นการให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยได้รับพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ และปรากฏชัดเจนขึ้นใน สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 เช่น การทำข้อตกลงการทำเหมืองแร่เป็นภาษาอังกฤษในจังหวัด สงขลา พัทลุง และชุมพร ตลอดจนการทำสัญญาสร้างทางรถไฟ ขุดคลอง ทำถนน เป็นต้น ในอดีตเรารู้จักสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในนามของ “สัญญาของทางราชการ” หรือ “สัญญาของรัฐ”¹ จัดเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ทำสัญญากับเอกชนหรือองค์กรอื่นเพื่อให้เข้ามาร่วมจัดทำ บริการสาธารณะ ร่วมกันกับรัฐหรือดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐ รวมไปถึงการทำสัญญาซื้อขาย จัดหา จัดซื้อ จัดจ้าง บริการ สิ่งของ วัสดุ อุปกรณ์ จำเป็นต่างๆ ของทางราชการ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น “สัญญาของทางราชการ” นั้นจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครอง ขึ้นมาเพื่อพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง และคดีพิพาททางปกครองนั้นรวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง “สัญญาทางปกครอง” (Le contrat administratif) จึงเป็นคำศัพท์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ พร้อมๆกับการจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อปี พ.ศ. 2542 และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนับตั้งแต่นั้นมา

“สัญญาทางปกครอง” จัดเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐที่ทำสัญญากับองค์กรอื่น เพื่อจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่หลักของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งภารกิจของรัฐภายใต้ความเจริญของเทคโนโลยีสมัยใหม่ ความต้องการที่ผันแปรเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย กลับยังเป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน การตอบสนองความต้องการให้แก่ประชาชนในทุกๆเรื่อง อย่างครบถ้วนด้วยกำลังคนและกำลังงานของรัฐเอง จึงไม่อาจทำได้อย่างสมบูรณ์ในทุกๆด้านได้ ในปัจจุบันนี้พบว่าเอกชนได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาของรัฐจำนวนมาก มีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นมากมาย โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานโทรคมนาคมต่างๆ สัญญาสัมปทานทางด่วน ฯลฯ และ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น “สัญญาทางปกครอง” จึงควรมีกฎหมายบัญญัติบังคับเฉพาะกับสัญญาทางปกครอง

“หลักสุจริต” เป็นกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum)² และเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่ง และเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญยิ่งของการทำสัญญา คำว่า “สุจริต” (Good faith, bona fide, bonne foi) หมายถึง ความซื่อสัตย์ในความเชื่อถือหรือวัตถุประสงค์ หรือความเชื่อตรงต่อหน้าที่หรือหนี้ของตน หรือ การไว้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบ³ โดย “หลักสุจริต” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้อัดช่องว่างของกฎหมาย ที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศว่าเป็นหลักจริยธรรมสากล อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ และ “หลักสุจริต” ยังได้ถูกยกฐานะให้เป็น “หลักทั่วไปในการทำสัญญา” เป็นหลักการที่สำคัญที่นำไปสู่ความยุติธรรมสำหรับการทำสัญญาไม่ว่าคู่สัญญาจะเป็นรัฐหรือเอกชนก็ตาม เป็นหลักที่จำเป็นและขาดมิได้สำหรับการทำสัญญา⁴ ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนำหลักสุจริตไปบัญญัติบังคับใช้ในกฎหมายแพ่ง เช่น สเปน อิตาลี ฝรั่งเศส เยอรมัน รวมถึงในประเทศไทยได้มีการบัญญัติถึง “หลักสุจริต” มีจำนวนหลายมาตราด้วยเช่นกัน โดยนำ “หลักสุจริต” มาใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน คือ⁵

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2553). *สัญญาทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่3). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. น.41.

² ประสิทธิ์ โสวิไลกุล(2554). *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 75.

³ Black's law Dictionary. 7th ed. St. Paul: West Group, 1999. Charles B.Odgers.

⁴ Louw, AM. 2013. Yet another call for a greater role for good faith in the South African law contract: Can we banish the law of the jungle, while avoiding the elephant in the room. Potchefstroom Electronic Law Journal 16(5): 62.

⁵ วรนาธิ สิงโต. (ม.ป.ป.) หลักสุจริต.จาก <http://www.stou.ac.th/schools/ slw/upload/ ex40701-1.pdf> (ค้นเมื่อ กรกฎาคม 2562)

1. หลักสุจริตทั่วไป ซึ่งในการนำมาใช้นั้น เช่น ตามมาตรา 5⁶ และมาตรา 368⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีความหมายทั่วไปในความหมายแบบกว้างๆ ไม่เฉพาะเจาะจงถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของคู่กรณี เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้วัดเป็นเครื่องมือหรือความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าเป็นการกระทำที่เหมาะสมหรือไม่และเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เช่น การปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริตของคู่สัญญา หรือ การใช้สิทธิตามสัญญาโดยสุจริต เป็นต้น

2. หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง ในกรณีนี้จะหมายถึงความรู้หรือไม่รู้ของข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นแล้วของคู่กรณี เช่น การกระทำโดยไม่รู้ถึงข้อบกพร่องถึงสิทธิที่มีมาแต่อดีต(คำพิพากษาฎีกาที่ 550/2490) แต่ถ้ากระทำโดยรู้ถึงข้อบกพร่องถึงสิทธิที่มีมาแต่อดีตจะถือว่าตนสุจริตมิได้(คำพิพากษาฎีกาที่ 1012/2524) และรวมถึงความไม่รู้นั้นหากเกิดจากการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ถือว่าไม่สุจริตเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น⁸ การคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตในการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต ที่เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนสิทธิการได้มาโดยสุจริต ให้มีสิทธิดีกว่าผู้ที่ได้อสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมที่ไม่ได้มาจากการจดทะเบียน เป็นต้น

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนภายใต้หลักการการบริการสาธารณะ จึงถือได้ว่า ด้วยอำนาจแห่งประโยชน์มหาชนนั้น ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มี 2 บทบาท คือเป็นคู่สัญญาและมีหน้าที่รักษามลประโยชน์ของมหาชนอีกด้วย ดังนั้น ในสัญญาทางปกครอง รัฐจึงมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสมอ ที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” ในการทำสัญญาทางปกครอง (Les prérogatives de la puissance publique) ที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพ การมีเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้อาจถูกรับรองด้วยกฎหมายเฉพาะที่จัดทำขึ้นตามสัญญาประเภทนั้นๆ หรือ กำหนดขึ้นมาโดยข้อตกลงในสัญญาหรือท้ายสัญญาที่สร้างขึ้น และแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้หรือไม่แม้กระทั่งกำหนดในสัญญาก็ตาม แต่เอกสิทธิ์นี้มีที่มาจากทฤษฎีที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” โดยศาลปกครองไทยได้เคยวางหลักรับรองถึงเอกสิทธิ์นี้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินงานกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล และในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ที่ได้ยืนยันถึงเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่า การใช้เอกสิทธิ์นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐพึงมีและสามารถนำมาใช้ได้ แสดงให้เห็นถึง ศาลปกครองไทยได้ยอมรับหลักเอกสิทธิ์นี้ ไปในแนวเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้เคยพิจารณาพิพากษาคดีที่รับรองหลักเอกสิทธิ์นี้ ในคดีต้นแบบ⁹ คือ คดีที่คู่สัญญาบริษัทเอกชนไม่ยอมเปลี่ยนวิธีการนำหลอดไฟมาใช้ แสงสว่างแก่ประชาชนในเขต แทนการใช้ก๊าซที่ระบุไว้ในสัญญาในขณะที่ระหว่างที่ยังไม่สิ้นสุดระยะเวลาของสัญญา ขณะนั้นได้มีการนำหลอดไฟมาใช้เพื่อความสะดวกสบายมากขึ้นแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจึงพิจารณา คำพิพากษารับรองถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถจัดหาคู่สัญญาเอกชนรายอื่นมาจัดทำแทนได้หากคู่สัญญาเดิมไม่ยินยอมเปลี่ยนแปลงวิธีการปฏิบัติตามสัญญาตามเทคโนโลยีนั้น ซึ่งสัมพันธ์กับหลักของการบริการสาธารณะประการหนึ่งคือ “หลักแห่งความเปลี่ยนแปลง” คดีนี้เรียกว่าเป็นคดีของต้นแบบหรือคดีประวัติศาสตร์อันเป็นที่มาของคดีพิพาทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันในเวลาต่อมา และเป็นที่มาของหลักการ

⁶ มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่าในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

⁷ มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่าสัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ด้วย

⁸ โปรดดูมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁹ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Compagnie nouvelle de gaz de Deville-Ls-Rouen ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1902

“การเปลี่ยนแปลงได้ของสัญญาโดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญา” ในสัญญาทางปกครอง อันมาจากหลัก “Clausula rebus sic stantibus” ที่ตรงกันข้ามกับหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” หรือ pacta sunt servanda ที่ในระบบกฎหมายแพ่งยึดถืออย่างเคร่งครัดที่คู่สัญญาไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาใดๆ ได้เลยภายหลังทำสัญญาโดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม การใช้เอกสิทธิ์ในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะและต้องกระทำโดยสุจริตเสมอ

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงข้อความคิด ที่มา และลักษณะของ “หลักสุจริต”
2. เพื่อศึกษาถึงบทบาทและความสำคัญของหลักสุจริตในสัญญาทางปกครอง
3. เพื่อศึกษาถึงแนวทางการใช้หลักสุจริตในคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองศึกษาเฉพาะสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา
4. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาของการนำหลักสุจริตมาใช้ในการระบวนการทำสัญญาทางปกครองตลอดและนำมาพิจารณาตีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองศึกษารณีสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สมมติฐานของการวิจัย

หลักสุจริต คือ หลักการพื้นฐานของการทำสัญญา สัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาเอกชนเสมอ การที่ขาดถึงบทบัญญัติของหลักสุจริตในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น หรือในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางปกครองนั้น อาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าโดยชอบด้วยกฎหมายไปในทางที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมได้

ขอบเขตการศึกษา

การวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยมุ่งศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เพื่อให้เห็นถึงการนำหลักสุจริตทั้งที่บัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร และไม่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรมาพิจารณาตีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

วิธีการศึกษา

การวิจัยนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Legal Research) โดยค้นคว้าจากสื่อต่างๆ ประกอบไปด้วย หนังสือ บทความ คำบรรยาย วิจัย เว็บไซต์ต่างๆ เอกสารที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต คำสั่งของศาลปกครอง และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองตลอดจนคำพิพากษา ของประเทศไทย และต่างประเทศ โดยมุ่งศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศในการนำหลักสุจริตและหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีพิพาททางปกครอง

ผลการวิจัย

- บทบาทหลักที่สำคัญของ “หลักสุจริต” ในระบบกฎหมายแพ่ง และกฎหมายปกครองคือ
1. การนำเอาหลักสุจริตมาอุดช่องว่างของกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรหรือการนำหลักสุจริตมาพิจารณาในการปฏิบัติตามสัญญาหรือการใช้สิทธิต่อคู่สัญญาว่ากระทำการโดยความสุจริตหรือไม่ ในกรณีของคดีพิพาททางปกครองนั้น โดยปกติแล้ว ศาลปกครองจะไม่นำเอากฎหมายเอกชนมาอุดช่องว่างในระบบกฎหมายปกครอง เว้นแต่ว่าหลักกฎหมายเอกชนนั้นสามารถนำมาปรับให้เข้ากับหลักการกฎหมายมหาชนได้ และมีกฎหมายกำหนดให้นำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ได้

2. หลักสุจริตเป็นเครื่องตัดสินในผลของการกระทำในกรณีที่มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้น

หลักการข้อนี้ได้รับการกล่าวถึงจากนักวิชาการตั้งแต่สมัยโรมัน โดย บัลดัส (Baldus) นักกฎหมายชาวอิตาลี กล่าวว่า การกระทำใดหรือใช้สิทธิของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการโอนทรัพย์สินแก่บุคคลอื่น หรือ การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิของบุคคล การนั้นจะเป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อวัตถุประสงค์นั้นสอดคล้องกับหลักสุจริต ต้องตั้งอยู่บนฐานความสุจริต¹⁰ และมีการกล่าวไว้ในแนววินิจฉัยในกฎหมายโรมันว่า ไม่มีสิ่งใดที่จะสอดคล้องกับหลักสุจริตยิ่งไปกว่าที่ได้ปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้ด้วยใจสมัคร และ โอโตเฟรตุส นักนิติศาสตร์ในคริสต์ศตวรรษที่ 16 กล่าวถึงหลักสุจริตว่า บุคคลย่อมผูกพันกันตามหลักสุจริตโดยไม่เพียงแต่ต้องเว้นจากการกระทำอันฉ้อฉลเท่านั้น แต่ยังต้องผูกพันตามข้อกำหนดในทางสุจริตที่ตนไม่ได้ตกลงอย่างชัดแจ้งอีกด้วย¹¹ หลักสุจริตจึงสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องวัดของการกระทำนั้นว่าชอบหรือสมบูรณ์หรือไม่อธิบายได้ว่า การพิจารณาพิพากษาคดีนั้น นอกจากด้วยบทกฎหมายแล้ว ศาลอาจพิจารณาถึงความสุจริตของคู่สัญญาแล้วนำมาตัดสินคดีข้อพิพาทได้ แม้คู่สัญญาไม่ได้ตกลง หรือ มิได้ร้องขอเลยก็ตาม จึงเป็นส่วนเสริมของการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี และยังสามารถนำหลักสุจริตที่กำเนิดมาตั้งแต่สมัยโรมัน มาใช้ได้ในปัจจุบันแสดงให้เห็นว่า หลักสุจริตเป็นหลักการอมตะที่นำมาใช้ในอดีตและยังคงนำมาใช้ต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน

3. หลักสุจริตเป็นหลักการสำคัญที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี

ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองเป็นความสัมพันธ์ที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกันคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและรักษาผลประโยชน์ของรัฐ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงการรักษาคุณภาพหรือความได้สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ในคดีพิพาทสัญญาทางปกครองนั้น พบข้อพิพาทจากการใช้เอกสิทธิ์พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียวในการแก้ไข ยกเลิก เปลี่ยนแปลงข้อความหรือเนื้อหาในสัญญาทางปกครอง เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวมีจำนวนมากกว่าข้อพิพาทอื่นๆ ที่ผ่านมาศาลปกครองไทยได้นำหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาและยังนำหลักสุจริตมาใช้ตีความตามสัญญาทางปกครอง โดยการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักและขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย เพื่อไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์โดยไม่ชอบ โดยศาลปกครองมักจะนำหลักของกฎหมายปกครองต่างๆ ที่สำคัญมาพิจารณาด้วยเสมอ เช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน¹² หรือหลักแห่งความเหมาะสม¹³ หรือ หลักแห่งความจำเป็น¹⁴

4. หลักสุจริตนำมาใช้สำหรับการตีความตามสัญญา ซึ่งถูกกำหนดใน มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีที่ข้อสัญญามีได้กำหนดชัดแจ้ง จึงต้องนำมาตีความไปในทางประสงค์ในทางสุจริตและพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย อธิบายได้ว่าในกรณีที่สัญญามีได้มีการกำหนดข้อความบางประการอย่างชัดแจ้ง หากกรณีนั้น ต่อมาเป็นที่สงสัย การตีความในสัญญา ศาลต้องตีความสัญญาในทางประสงค์ของคู่สัญญาในทางสุจริตและควบคู่กับการพิจารณาถึงการตีความในลักษณะนั้นอย่างกรณีพิพาททั่วไปของบุคคลที่พึงทำสัญญานั้น โดยศาลปกครองไทยได้นำหลักสุจริตมาพิจารณาตีพิพากษาดังตัวอย่าง ดังนี้

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (ก.ค-ธ.ค 2552). รากเหง้าของหลักสุจริตในระบบกฎหมายยุโรป. *วารสารยุโรปศึกษา*, 2(17), 133.

¹¹ อ่างแล้ว, กิตติศักดิ์ ปรกติ, หน้า152.

¹² หากฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องใช้เท่าที่จำเป็น และการใช้อำนาจนั้นต้องสัมพันธ์และได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักกฎหมายที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องนำกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดในบังคับกับเอกชน, สมคิด เลิศไพฑูรย์, (ธันวาคม2533) "หลักความได้สัดส่วน" *วารสารนิติศาสตร์*, 4(20),99-100.

¹³ หลักความเหมาะสมคือการคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจวิธีการที่รัฐนำมาต้องบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแน่แท้,วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2538) *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, กทม: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,หน้า25.

¹⁴ หลักแห่งความจำเป็น คือมาตรการหรือวิธีการหลายอย่างที่ล้วนชอบด้วยกฎหมายและสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพื่อประโยชน์ของสาธารณะได้ แต่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกมาตรการหรือวิธีการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุดหรือกระทบต่อเอกชนน้อยที่สุดซึ่งหลักแห่งความจำเป็นนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่า"ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่ 2 สิ่งขึ้นไปจำเป็นต้องเลือก ควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยที่สุด" อ่างแล้ว, หน้า 84

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

1. ใช้ในกรณีการตีความตามสัญญา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 508/2557

องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ (ขสมก.) ผู้ถูกฟ้องคดี ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดี 15 คน ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรถโดยสารสองแถวขนาดเล็กให้มาเข้าร่วมวิ่งรถรับส่ง ในเส้นทางลาดพร้าว ถึง ซอยวัดบึงทองหลาง ต่อมา คณะกรรมการควบคุมการขนส่ง มีมติเปลี่ยนเส้นทางรถใหม่ ทำให้ ขสมก. ต้องเดินรถผ่านเข้าไปในซอยวัดบึงทองหลาง ทับซ้อนกับเส้นทางเดินรถของผู้ฟ้องคดี 15 คนฯ จึงนำคดีมาฟ้องศาลปกครอง เพราะเห็นว่า ขสมก. ผิดสัญญา โดยนำรถโดยสารประจำทางมาทับซ้อนเส้นทางเดินรถนั้น ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า เมื่อเนื้อความในสัญญาในรถโดยสารขนาดเล็กที่ทำกันนั้น ไม่ปรากฏข้อห้าม ไม่ให้ ขสมก. นำรถโดยสารประจำทางรับ ส่ง ผู้โดยสารในเส้นทางนั้น มีเพียงข้อสัญญาว่า ในระหว่างอายุสัญญาสัมปทานหลักยังไม่สิ้นสุด ผู้ถูกฟ้องคดี ขสมก. มีสิทธิให้เอกชนรายใดเข้าร่วมเดินรถตามสัญญาหลักได้ทุกเมื่อ ซึ่งการตีความตามสัญญานั้น ตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น การพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา นอกจากพิจารณาเนื้อความในสัญญาแล้ว ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาในทางสุจริตและพิจารณาถึงปกติประเพณีในการทำสัญญานั้นๆ ด้วย เห็นได้ว่า ข้อกำหนดนั้น มีลักษณะรับรองสิทธิของ ขสมก. ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือตัดสิทธิในการที่จะเดินรถโดยสารประจำทางด้วยตนเอง โดยปกติประเพณีทั่วไป หากต้องการจำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ต้องระบุถึงข้อจำกัด หรือ ข้อห้ามอย่างชัดเจน แม้จะเข้าใจว่า ขสมก. จะไม่นำรถโดยสาร มารับส่งในเส้นทางเดินรถนั้น และเปรียบเทียบกับลักษณะของรถและค่าโดยสารแล้ว ก็ยังแตกต่างกัน โดยรถของ ขสมก. เป็นรถปรับอากาศและธรรมดา ราคา 18 บาท และ 10 บาท แคร่ของผู้ฟ้องคดี 15 คน เป็นรถโดยสารสองแถวขนาดเล็กราคา 4 บาท จึงไม่ถือว่าเป็นการแข่งขัน ถือว่า ขสมก. กระทำการโดยสุจริตตามหน้าที่ที่ได้รับอนุญาตจากกรมการขนส่งทางบกแล้ว ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่าในสัญญาไม่มีข้อห้ามให้ ขสมก. นำรถโดยสารอื่นมาวิ่งซ้อนกับเส้นทางของคู่สัญญาเอกชน แสดงให้เห็นว่า สัญญานี้ย่อมไม่ปิดโอกาสให้ ขสมก. เองสามารถนำรถโดยสารมาแข่งขันกับคู่สัญญาได้ โดยศาลปกครองได้ตีความตามไปในทางประสงค์โดยสุจริตทั่วไปโดยพิจารณาถึงปกติประเพณีของการกำหนดข้อความในลักษณะของการไม่ห้ามให้แข่งขันกับคู่สัญญาเอกชน

2. ใช้ในกรณีการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554

องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กพร้อมถมดินลูกรังบดอัด โดยกำหนดให้ใช้ฐานรากแบบตอกเสาเข็ม เมื่อเข้าทำงานผู้ฟ้องคดีได้ทดสอบชั้นดินโดยใช้วิธีตอกเสาเข็มลงไปจนถึงชั้นดินและพบว่าไม่สามารถตอกได้ จึงแจ้งไปยัง อบต. ขอเปลี่ยนแปลงฐานรากแบบตอกเสาเข็มเป็นแบบฐานแผ่ ขอยุติงานและขอขยายระยะเวลาตามสัญญา แต่ อบต. ไม่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงแบบฐานรากสะพาน ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ อบต. ทบทวน โดยที่มิได้เข้าทำงานให้เสร็จในระยะเวลาที่กำหนด อบต. จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา แล้วจ้างผู้รับจ้างรายใหม่และก็ได้พบว่ามีหินดาตขวางอยู่ จึงส่งให้สถาบันการศึกษาวิเคราะห์ จึงพบว่าบริเวณนั้นไม่สามารถตอกเสาเข็มได้ อบต. จึงอนุมัติให้เปลี่ยนการก่อสร้างโดยใช้ฐานรากแบบแผ่ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนมิได้ผิดสัญญา การทำงานให้ไม่ได้นั้น เพราะ อบต. ไม่ได้แก้ไขปัญหาก็เรื่องเปลี่ยนแปลงตั้งแต่แจ้งครั้งแรก ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาระบุว่า อบต. มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ทำงานแทนผู้ฟ้องคดีได้ แต่การที่ อบต. ไม่ได้ดำเนินการให้มีการสำรวจสภาพดินและทดสอบว่าเหมาะสมที่จะใช้ฐานรากของสะพานเป็นแบบใด แต่ได้ประกาศสอบราคาจ้างและในสัญญาว่าจ้างว่าให้ทำแบบตอกเสาเข็ม จึงมิได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลวิศวกรรมมาตั้งแต่ต้น การที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำการใช้แท่งเหล็กตอกลงไปในดิน เป็นวิธีทดสอบแล้วว่าไม่สามารถทำได้ ดังนั้นจึงควรสงวนในความเหมาะสมของแบบ การที่ อบต. ไม่ทำการทดสอบ ได้แต่บ่ายเบี่ยงไม่อนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบฐานรากตามคำขอ และไม่ดำเนินการตรวจสอบสถานที่ก่อนว่าควรที่จะใช้วิธีใด และใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจ้าง อ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงานที่จ้างให้แล้วเสร็จภายในกำหนดและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ จึงถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต อันเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบตามนัย มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น จึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต ผู้วิจัยเห็นว่าคดีพิพาทนี้แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการบอกเลิกสัญญาตามหลักเอกสิทธิ์ก็ตาม แต่การจะใช้สิทธินั้นต้องสัมพันธ์กับการบริการสาธารณะ จากคดีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเองกลับไม่ทดสอบวิธีการใหม่ตามที่ฝ่ายเอกชนร้องขอด้วยวิธีใดๆ แต่กลับเลิกจ้างแล้วหาคู่สัญญารายใหม่โดยมิใช่เกิดจากการผิดพลาดของเอกชน

3. ใช้ในกรณีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557

สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ผู้ถูกฟ้องคดี ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารเรียน 1 หลัง โดยได้รับเงินอุดหนุนจาก อบจ. ขอนแก่น กำหนดจ่ายค่าจ้าง 4 งวด ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้รับเงินค่าก่อสร้างในงวดที่ 1 และ 2 เรียบร้อยแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงส่งมอบงานงวดที่ 3 ที่เสร็จสิ้นแล้วและส่งมอบงานแล้ว ส่วนงวดที่ 4 เสร็จสิ้นเพียงบางส่วน จึงเบิกของงวดที่ 3 แต่คณะกรรมการการตรวจจ้างงานก่อสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ตรวจรับงานให้ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาขอนแก่น เขต 5 ไม่ได้จ่ายเงินให้แก่ สพฐ. อ้างว่า ศาลจังหวัดขอนแก่น มีคำพิพากษาว่า การออกข้อบัญญัติชั่วคราวเรื่อง งบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมที่ได้รับเงินอุดหนุนครั้งนี้ตกเป็นโมฆะ ทำให้ไม่มีงบประมาณมาชำระค่าก่อสร้างต่อไปตามสัญญา ศาลปกครองพิจารณาว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทราบว่าการกำหนดให้จ่ายเงินเป็นโมฆะ ก็ทำได้ด้วยการแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีหยุดก่อสร้าง และการที่ศาลจังหวัดขอนแก่นพิพากษาว่าข้อบัญญัตินั้นตกเป็นโมฆะ จึงเป็นปัญหาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่ต้องพิจารณาถึงการก่อสร้างว่าจะทำต่อไปหรือไม่ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างงานงวดที่ 3 จนเสร็จสิ้นแล้วก่อสร้างงานงวดที่ 4 จนเกือบแล้วเสร็จนั้น กลับไม่ตรวจรับงานที่จ้างและปฏิเสธจ่ายค่าจ้าง การกระทำนั้นจึงถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าเป็นความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเอง เพราะการปฏิเสธไม่ตรวจรับงานเพราะไม่มีงบประมาณรายจ่ายนั้น มิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการใดๆ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะใดๆ

4. ใช้ในกรณีที่เกี่ยวกับการเรียกค่าปรับจากการผิดสัญญา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.510/2554

เทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดี ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดี ให้ก่อสร้างปรับปรุงสถานที่กำจัดขยะมูลฝอย เมื่อเริ่มก่อสร้างผู้ฟ้องคดีพบว่าชั้นดินทรายในบริเวณที่จะก่อสร้างเกิดการพังทลายของชั้นดิน มีน้ำใต้ดินไหลขึ้นถึงชั้นทรายทำให้ชั้นดินเหนียวไม่ได้คุณภาพซึ่งเป็นปัญหาและอุปสรรค สัญญากำหนดให้งานแล้วเสร็จเมื่อวันที่ 24 กันยายน 2543 จึงทำให้งานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา ในวันที่ 30 พฤษภาคม 2545 เทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีทำข้อตกลงกับที่กั้นบ่อกักเก็บน้ำสัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงการก่อสร้างใหม่ และขยายระยะเวลาจาก 24 กันยายน 2543 เป็นวันที่ 27 สิงหาคม 2545 โดยผู้ฟ้องคดีเชื่อถือและไว้วางใจว่า เทศบาล จะไม่ใช้สิทธิปรับเนื่องจากการส่งมอบงานล่าช้า ต่อมา 29 กรกฎาคม 2545 เทศบาล ขอทำบันทึกท้ายสัญญาเพื่อใช้สิทธิปรับผู้ฟ้องคดี ก่อนที่จะครบกำหนดสัญญาที่แก้ไขใหม่ตามวันที่กำหนดใหม่ให้แล้วเสร็จเพียง 30 วัน ศาลปกครองพิจารณาว่า การที่ เทศบาล ทำบันทึกข้อตกลงใหม่เพื่อจะใช้สิทธิปรับจากการส่งมอบงานล่าช้าเป็นจำนวนถึง 311 วัน รวมเป็นเงินจำนวน 3,249,950 บาท ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่าในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลต้องกระทำการโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริต กฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง การที่เทศบาล ทำบันทึกยินยอมให้ ผู้ฟ้องคดีทำงานต่อจนแล้วเสร็จแล้วส่งมอบงานให้ในวันที่ 26 สิงหาคม 2545 โดยผู้ฟ้องคดีเชื่อถือและไว้วางใจว่า เทศบาลจะไม่ใช้สิทธิปรับความล่าช้า จากการออกแบบก่อสร้างของ ผู้ฟ้องคดีเอง การใช้สิทธิปรับจึงถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่สุจริต ตาม มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ฝ่ายเอกชนมีสามารถปฏิบัติตามสัญญาตอนต้นได้นั้นเกิดจากสภาพของดินที่มีได้เป็นความผิดของเอกชน ส่งผลให้งานแล้วเสร็จล่าช้าจากที่กำหนด คู่สัญญาของรัฐเองก็ทำหนังสือขยายเวลารับรองให้เพิ่มจากกำหนดเดิมและมีได้มีหนังสือแจ้งว่าหากล่าช้าจะปรับเพิ่มเติมจากที่ขยายเวลา กรณีนี้ศาลปกครองนำหลักสุจริตมาปรับใช้โดยสอดคล้องกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะของฝ่ายปกครอง

การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมัน

“หลักสุจริต” ภาษาเยอรมันเรียกว่า *Treu und Glauben* หมายถึง “ความซื่อสัตย์และไว้วางใจ” หรือ “หลักซื่อสัตย์สุจริต” กฎหมายโรมันเข้ามาในเยอรมันตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 16 การอ้างหลักสุจริตเป็นการอ้างหลัก *exception doli generalis* หรือเป็นการยกข้อต่อสู้ว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ใช้สิทธิโดยมิชอบ เมื่อมีการเสนอร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับแรก ก็ได้มีการเสนอไว้ว่า “สัญญาย่อมก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างกันตามที่ตกลงกันและตามผลธรรมดาของสัญญาประเภทนั้นตามบังคับแห่งกฎหมายและปกติประเพณี”¹⁵ ดังนั้น จึงพบหลักซื่อสัตย์สุจริต ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน ฉบับ ปี ค.ศ. 1900 และ ปี ค.ศ. 2002 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ลักษณะและวิธีการปฏิบัติในการชำระหนี้ของลูกหนี้ต้องพิจารณาและคำนึงถึง หลักซื่อสัตย์สุจริต เสมอ โดยมีวัตถุประสงค์ว่า ในการปฏิบัติภาระหนี้ ลูกหนี้น้อมมีหน้าที่อื่นๆในการชำระหนี้หลักนั้นด้วย¹⁶

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักซื่อสัตย์สุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญและมีความจำเป็นในการนำมาใช้ตีความเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย มีการนำหลักซื่อสัตย์สุจริตมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์กรตุลาการจำนวนมาก นอกจากนำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีแล้ว หลักสุจริต ยังเป็นหลักที่มิพัฒนาของการสร้างหลักกฎหมายอื่นๆอีกหลายหลัก เช่น “หลักความรับผิดชอบในการกระทำความผิดหน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้ (Positive Vertragsverletzung) “หลักสัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญา เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง” (Wegfall der Geschäftsgrundlage หรือ *Causula rebus sic statibus*) เป็นต้น”¹⁷

ในมาตรา 48 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน บัญญัติให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีสาระสำคัญคือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนภายหลังได้ แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น การเพิกถอนต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น หลักการนี้คือ “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน” คือ ส่วนหนึ่งของหลักซื่อสัตย์สุจริต¹⁸ โดยมุ่งคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจในดับกฎหมาย ว่ากฎหมายที่บัญญัติบังคับใช้นั้นต้องมีความมั่นคงแน่นอน ชัดเจนและแน่นอนถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน เพื่อให้เกิดความมั่นใจและเป็นหลักประกันกับประชาชนและสังคมส่วนรวม¹⁹ และ “การคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจในคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์” หลักการนี้หมายถึงประชาชนหรือผู้ที่อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครอง และคำสั่งนั้นมีลักษณะที่เป็นคำสั่งที่มีประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่ง หากผู้นั้นมีความเชื่อโดยสุจริตใจโดยพฤติกรรมและสภาพแวดล้อมว่าเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์และถูกต้อง จะต้องได้รับความคุ้มครอง แม้ว่าต้องมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นในภายหลังก็ตาม

ในมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน (VwVfG) ได้กำหนดถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิกข้อสัญญาทางปกครองโดยหากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปหลังทำสัญญา และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิกนั้นทำไปเพื่อคุ้มครองป้องกัน หรือขจัดผลเสียหายร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ เช่น อาจมีเทคโนโลยีใหม่ๆ เข้ามาในระหว่างปฏิบัติตามสัญญาและอาจทำให้ไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนเป็นต้น หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ยินยอมก็ร้องขอต่อตุลาการศาลปกครองให้พิจารณาถึงการใช้อีกสิทธินี้ได้ โดยตุลาการศาลปกครองจะนำหลัก “ซื่อสัตย์สุจริต” มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์รัฐเยอรมัน (BCG) มาใช้พิจารณาด้วยเสมอ และยังคงพิจารณาถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบด้วย และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิ

¹⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, แหล่งเดิม หน้า 137.

¹⁶ Christain Heinrich, *Formale Freiheit und material Gerechtigkeit* (Tubingen: Mohr Siebeck, 2000), p.399.

¹⁷ Christain Neuerburg, *Die gesetzliche Regelung der positive Vertragsverletzung* (Munchen: Grin Verlag), 2003, p.13.

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2561). *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อานกฎหมาย, 123.

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, แหล่งเดิม หน้า 123.

เรียกร้องค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ อันเนื่องมาจากการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตใจในความคงอยู่คงสัญญาทางปกครองได้²⁰

การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ผู้ที่มีบทบาทในการนำเสนอหลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คือ ฌอง โดมาร์ (Jean DOMAT) และ ปัวตีเยร์ (Robert Joseph Poitier)²¹ โดมาร์เป็นนักกฎหมายและนักวิชาการในสมัยพระเจ้าหลุยส์ ที่ 14 เขาเขียนตำราพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง Les loix civiles dans leur ordre naturel²² โดยอธิบายว่าหลักสุจริตว่าเป็นหลักการที่สำคัญยิ่งของการทำสัญญา²³ สัญญาต้องเกิดขึ้นและปฏิบัติตามความสุจริตของคู่สัญญาเสมอ ความสุจริตใจในการทำสัญญาเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง (La bonne foi necessaire dans les conventions, n'est bonne a ce qui regarde les contractants; ils la doivent aussi a tout ce qui peuvent avoir a interet a ce qui se passe entre eux, dans le contrat.) และกล่าวกันว่า เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการร่างกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 โดยหลักการของโดมาร์ ก่อให้เกิดหลักสุจริต โดยนำพาคำว่า สุจริตมาบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 1134 วรรค 3 ในลักษณะสัญญาด้วย

Poitier ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย Orleans เป็นผู้สืบสานแนวความคิดของโดมาร์ เขาเขียนตำราและบทความวิชาการหลายเรื่อง และที่สำคัญคือ ตำราว่าด้วยลักษณะสัญญาซื้อขาย เมื่อปี ค.ศ. 1761 และเป็นที่มาที่สำคัญของการนำ "หลักสุจริตในสัญญาซื้อขาย"

หลักสุจริต ถือว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายแพ่งลักษณะสัญญา²⁴ ในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมถึงลักษณะอื่นๆอีกหลายลักษณะด้วย เช่นความรับผิดชอบทางละเมิด ได้แก่ มาตรา 1138 เดิมที่ถูกยกเลิกเป็นมาตรา 1240²⁵ โดย Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 เมื่อ ปี 2559 และ ป.พ.พ. ลักษณะครอบครัว มาตรา 201 ที่กำหนดให้คู่สมรสนั้นต้องกระทำการสมรสอย่างสุจริต²⁶ มาตรา 2274 มาตรา 2275 การครอบครองปรปักษ์ในทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องเกิดขึ้นโดยสุจริต²⁷ ป.พ.พ. ว่าด้วยลักษณะหนี้ มาตรา 1112 – 1112-2 ที่กำหนดให้หนี้อันเกิดจากสัญญานั้นต้องกระทำการโดยสุจริต²⁸ ประมวลกฎหมายคุ้มครองแรงงาน มาตรา 1222 กำหนดให้สัญญาจ้างแรงงานต้องกระทำขึ้นด้วยความสุจริต²⁹ มาตรา 1222-2 วรรค 3 กำหนดให้ลูกจ้างต้องสุจริตในการให้ข้อมูลอันเป็นจริงที่สำคัญต่อการจ้างงาน และในส่วน of กฎหมายลักษณะสัญญา มาตรา 1134 วรรคสาม โดยมีสาระสำคัญที่กำหนดให้การปฏิบัติตามสัญญาต้องกระทำการโดยสุจริต³⁰ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงในระบบกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เห็นถึงความสำคัญของหลักสุจริตของคู่สัญญา แม้ว่าต่อมาได้มีการยกเลิกมาตรา 1134 ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2560 โดยมี มาตรา 2 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016³¹ โดยบัญญัติ มาตรา 1104³² มาใช้บังคับแทน แต่ก็ยังคงมีสาระสำคัญที่กำหนดถึงความสุจริตของคู่สัญญาในการทำสัญญา มีการบัญญัติเพิ่มเติมว่า ไม่เฉพาะแต่การปฏิบัติการในชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้น แต่ได้เพิ่มข้อความคือ คู่สัญญานั้นต้องกระทำการโดยสุจริต

²⁰ มานิตย์ วงศ์เสรี (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน*. (พิมพ์ครั้งที่2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.42.

²¹ La biographie de Poitier Malaurie

²² Monsieur Carre, Les loix civiles dans leur ordre naturel,Oeuvres de J.Domat.Tome III, P.356-357.1822

²³ Jean DOMAT, Les loix civiles dans leur ordre naturel.Paris.P.26.

²⁴ Francois Campagnola, Bonne foi et loyauté en droit des contrats.16 septembre 2016.

²⁵ มาตรา 1240 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

²⁶ มาตรา 201 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

²⁷ มาตรา 2274 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

²⁸ มาตรา 1112 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

²⁹ มาตรา 1222 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

³⁰ Code civil (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804)

³¹ มาตรา 2 รัฐธรรมนูญฯ กฏ2016-131 ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2559

³² มาตรา 1104 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตั้งแต่เริ่มกระบวนการก่อนทำสัญญา จนถึงขั้นตอนการร่างสัญญา การทำสัญญา และการดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้กระทำนั้น ทั้งหมดต้องเกิดขึ้นโดยสุจริต โดยแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับ หลักสุจริตของการทำสัญญาเป็นอย่างยิ่ง และในวรรคสองของมาตรา 1104 ซึ่งบัญญัติให้การกระทำการโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย

ที่ผ่านมาศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสนำหลักสุจริต มาพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งได้ ถึงแม้คู่ความมิได้ร้องขอเลยก็ตาม ตามคำพิพากษาของศาล ตัวอย่างเช่น Cass. 3e Civ., 16 Octobre 1973(ศาลสูง), Civ. 1ere, 23 Janvier 1996(ศาลชั้นต้น), Cass. civ. 3e, 20 octobre 2004(ศาลสูง) เป็นต้น เห็นได้ว่า หลักสุจริต มีบทบาทสำคัญในการนำมาพิจารณาคดี ที่มีการบัญญัติอยู่หลากหลายลักษณะในกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในส่วนของกฎหมายปกครองนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติ หลักสุจริต ไว้ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยปกติแล้ว การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ในอดีตไม่เคยพบมาก่อน ตรงข้ามกับระบบกฎหมายแพ่งที่ยอมรับหลักสุจริตมาอย่างยาวนาน และมีการนำมาปรับใช้จำนวนหลายคดี แม้กระทั่งคดีปกครองอื่นๆก็เช่นเดียวกัน โดยปกติแล้วระบบสัญญาในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น เมื่อมีข้อพิพาทศาลมักจะยึดถือหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อย่างค่อนข้างเคร่งครัดและยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งได้รับแนวคิดมาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ เราจึงพบเห็นไม่บ่อยนักกับการที่ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับทำสัญญาโดยพิจารณาถึงหลักสุจริตเป็นสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดี

การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ปรากฏครั้งแรกในคดี Commune de Béziers du 28 décembre 2009³³ มีการกล่าวว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ในสัญญาทางปกครอง ที่มีการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองโดยสภาแห่งรัฐ คดีนี้สภาแห่งรัฐได้พิจารณาว่าการใช้เอกลักษณ์ของการยกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดถึงการให้เอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถยกเลิกสัญญาได้หากการเลิกนั้นสัมพันธ์กับหลักการบริการสาธารณะ และคู่ความทั้งสองฝ่ายต่างสามารถกล่าวอ้างถึงหลักแห่งการใช้สิทธิโดยสุจริตนี้ได้เสมอ โดยคดีนี้ฝ่ายรัฐเองต้องการยกเลิกสัญญาที่ทำขึ้นโดยผู้รับมอบอำนาจจากรัฐไม่ใช่อำนาจ สภาแห่งรัฐพิจารณาว่าความบกพร่องนั้นไม่รุนแรงจนเป็นเหตุให้สัญญาตกเป็นโมฆะ โดยพิจารณาจากเจตนาที่สุจริตและข้อสัจของคู่สัญญา แต่สัญญาได้ทำขึ้น นอกจากเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังร้องขอให้ศาลสั่งให้สัญญายังคงมีอยู่สถานะคงเดิมได้ ซึ่งหมายความว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังคงมีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาได้

การนำหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาคดีนี้นั้น ซึ่งไม่ได้นำมาใช้แยกออกจากหลักอื่นๆอย่างอิสระ และชัดเจน เป็นการนำ “หลักสุจริต” (bonne foi) มาใช้ร่วมกันกับ “หลักความซื่อสัตย์” (loyauté) ในสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงพบ “หลักแห่งความซื่อสัตย์สุจริตในการทำสัญญาทางปกครอง” (La notion de loyauté en droit administratif) แบบไม่แยกออกจากกันเด็ดขาด³⁴ อาจกล่าวได้ว่า ผู้ที่กระทำการอย่างซื่อสัตย์ก็คือผู้ที่กระทำการโดยสุจริต ซึ่ง “หลักแห่งความซื่อสัตย์และหลักสุจริต”

หลักสุจริตในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีการแยกประเภทของสัญญาที่ทำโดยฝ่ายปกครองว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือเป็นสัญญาทางปกครอง และไม่มีการแยกศาลออกเป็นระบบศาลคู่ ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ได้แก่ ศาลยุติธรรม

³³ CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n°3048067.

³⁴ Ana Beduschi-ORITZ, La notion de loyauté en droit administratif, Etudes, AJDA, Ed.Dalloz, 2010, pp.944-951

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น ได้รับรองถึงหลักสุจริต ในการทำสัญญาไว้ ใน มาตรา 205 Duty of Good Faith and Fair Dealing โดยมีสาระสำคัญว่า สัญญาทั้งปวงย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ในการใช้สิทธิและการชำระหนี้โดยสุจริตและเป็นธรรม มีคดีพิพาทหลายคดีที่องค์กรตุลาการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี³⁵ ทั้งคดีพิพาททางแพ่ง และคดีพิพาทในสัญญาอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง การนำหลักสุจริตใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังตัวอย่างเช่น³⁶

คดี Maxima Corporation V. United States 1988 คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ทำสัญญาให้คู่สัญญาเอกชน ดำเนินการด้านการจัดพิมพ์เอกสารและงานธุรการ ในสัญญามีการกำหนดจำนวนเงินค่าบริการขั้นต่ำที่รัฐต้องจ่ายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในแต่ละเดือนเป็นอัตราค่าจ้างเหมาโดยไม่คำนึงถึงปริมาณที่เกิดขึ้นจริงและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง ปรากฏว่าเมื่อระยะเวลาของสัญญาลิ้นสุดลง คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนคืนเงินส่วนต่างที่ตนใช้บริการน้อยกว่าราคาจ้างเหมาคืน ศาลพิจารณาว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิอาจใช้เอกสิทธิ์ในการที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าก็ตามเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต การเข้าทำสัญญาต้องเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย

ผลการวิจัยและการอภิปราย

จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้นำเอาหลักสุจริต³⁷ มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจำนวนหลายคดี แม้ว่าไม่มีการกำหนดถึง “หลักสุจริต” เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองอื่นๆ โดยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่เป็นคดีที่เกิดจากการใช้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น การใช้สิทธิรับเงินประกันของ หรือในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญา หรือใช้สิทธิยกเลิกสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบหรือความไม่สุจริตจากการกระทำหรือการใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็ได้ มีบางคดีที่ศาลปกครองได้การกล่าวอ้างถึงหลักสุจริตตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 5 และการตีความตามสัญญาที่นำมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม โดยระบุไว้ในคำพิพากษา และมีบางคดีที่ศาลปกครองไม่ได้กล่าวอ้างถึงหลักสุจริตตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน แต่ใช้คำว่า ชอบด้วยกฎหมาย แทน แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลได้พิจารณาถึง หลักสุจริตเป็นพื้นฐานของการกระทำนั้น เพียงแต่ไม่ได้กล่าวอ้างถึง “หลักสุจริต” โดยตรง อาจเป็นเพราะมีสาเหตุมาจากการไม่มีการบัญญัติถึงหลักสุจริตไว้เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองเลย ศาลปกครองจึงมิได้กล่าวอ้างถึงหลักสุจริตในแดนของหลักกฎหมายเอกชนในคำพิพากษา

ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.626/2555 กรมเจ้าท่า ผู้ฟ้องคดี ทำสัญญาจ้างเหมา ผู้ถูกฟ้องคดีให้มาก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่งแม่น้ำ เมื่อได้ทำงานไปได้ แต่ยังไม่ถึงครึ่งของงานที่จ้างทั้งหมด กรมเจ้าท่า จึงมีหนังสือเร่งรัดให้ปฏิบัติงาน ผู้ถูกฟ้องคดีขอขยายระยะเวลาโดยความยินยอมของกรมเจ้าท่า ไปอีก 265 วัน ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือยืนยันที่จะถูกปรับจากการส่งมอบงานล่าช้าตามสัญญา และขอทำการก่อสร้างต่อไปจนจะแล้วเสร็จ แต่งานก็ยังไม่แล้วเสร็จ ต่อมา กรมเจ้าท่า จึงร้องขอต่อศาลถึงการผิดสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดี โดยขอปรับจากการส่งมอบงานไม่ทันตามที่กำหนดในสัญญา

³⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2554). *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 1) : สำนักพิมพ์วิญญูชน. น. 54-57

³⁶ From Good Faith Dealing : The well-Night Irrefragable Need for a New Standard in Public Contract Law (p.87-125), Daneil E. Toomey, William B. Fisher and Laurie F.Curry. (1990). Public Contrat Law Journal. Vol. 20 No1.

³⁷ โปรดดูมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า กรมเจ้าท่ามีสิทธิตามสัญญา แต่การที่กรมเจ้าท่า จะใช้สิทธิปรับ แก่ผู้ถูกฟ้องคดีนั้น กรมเจ้าท่า ควรจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา เพราะเห็นว่างานก่อสร้างได้ล่าช้ามาก แต่ กลับปล่อยทิ้งเวลาว่างเฉยไปถึง 591 วัน เป็นการล่าช้าจนเกินไป และจำนวนเงินที่จะปรับผู้ถูกฟ้องคดี มีจำนวนสูงเกินกว่าครึ่งหนึ่งของสัญญาจ้างตามสัญญา จึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย ไม่อาจปรับเท่ากับจำนวนนี้ได้ โดยศาลปกครองสูงสุดไม่ได้อ้างมาตรา 5 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่าตัดสินบนพื้นฐานของหลักสุจริตแต่ใช้คำว่า โดยชอบ ด้วยกฎหมายหรือ โดยชอบธรรม แทน หรือ กล่าวอ้างถึงการผิดสัญญาตามสัญญาแทน

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน มีกฎหมายบัญญัติเฉพาะ อยู่ในกฎหมายว่าด้วยวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยกำหนดถึงลักษณะของสัญญาทางปกครอง จากการศึกษาพบว่า หลักสุจริต ถูกกำหนดให้มีความสัมพันธ์ตั้งแต่การใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาหรือไม่ใช้เอกสิทธิ์ ตาม 60(1) หากคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนไม่ยินยอมก็ร้องขอต่อตุลาการศาลปกครองให้พิจารณาถึงการใช้อิทธิพลว่าสุจริตหรือไม่ ได้ และศาลยังต้องพิจารณาถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบด้วย หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ รับความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา ก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตใจในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้³⁸ ฉะนั้นวิเคราะห์ได้ว่าการใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญา นั้นต้องสัมพันธ์กับหลักการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะและยังสัมพันธ์กับหลักแห่งความเชื่อโดยสุจริตใจ ในการคงอยู่ของสัญญาทางปกครองที่สัมพันธ์กับทฤษฎีความมั่นคงแห่งนิติฐานะของสัญญาทางปกครอง อีกด้วย

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่มีบัญญัติ “หลักสุจริต” ไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร แต่ศาลนำหลักสุจริตมาพิจารณาพิพากษาโดยเป็นนิติวิธีอิสระของศาลเองโดย โดยคดี Commune de Béziers du 28 décembre 2009 ซึ่งไม่นานมานี้ โดยศาลปกครองสูงสุดไม่ได้อ้างการนำหลัก สุจริตตามมาตรา 1104 ประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส เหมือนดังเช่นประเทศไทย และสหพันธรัฐ เยอรมัน แต่ได้อ้างถึงหลักสุจริตในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไปในความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป และ เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางและทราบในทางวิชาการว่า กฎหมายปกครองฝรั่งเศสยอมรับและเปิดกว้างให้ องค์การตุลาการมีบทบาทในการวางหลักกฎหมาย³⁹ กล่าวคือ อำนาจอิสระในการวางหลักกฎหมายแทนที่ จะรอให้องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ และอาจไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในตอนนั้นได้ ฉะนั้นศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะนิยมอ้างถึงหลักสุจริตในฐานะความเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยไม่อ้างถึง หลักสุจริตที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ไม่มีการแยกประเภทของสัญญาที่ทำโดยฝ่ายปกครองว่าเป็นสัญญา ทางแพ่งหรือเป็นสัญญา ปกครอง ดังนั้นจึงไม่มีการแบ่งแยกคดีแพ่งและสัญญาทางปกครองออกจากกันอย่าง เป็นรูปธรรม มีการนำหลักสุจริตใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีพิพาทแต่หากเกิดข้อพิพาทจาก สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำและสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือ เพื่อการบริการสาธารณะ ศาลจะนำหลักกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ของรัฐมาปรับใช้ในการพิจารณา

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

“หลักสุจริต” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีบทบาทและมีอิทธิพลต่อการทำหน้าที่ของระบบกฎหมาย มากที่สุดหลักการหนึ่ง⁴⁰ และเป็นจริยธรรมทั้งในทางสังคมและในทางกฎหมายที่ไม่อาจขาดได้ในการทำสัญญา มีบทบาทที่สำคัญในสัญญาทางปกครองหลายประการ ดังนี้

³⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (พิมพ์ครั้งที่2) : สำนักพิมพ์ สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, น. 30.

³⁹ Pierre Marchal, *Principes généraux du droit*, 1re édition: Paris. 2014.

⁴⁰ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2559). *หลักสุจริตในระบอบรัฐธรรมนูญ*, *วารสารสังคมศาสตร์*, 1(46), 143.

1. นำหลักสุจริตมาใช้ในกรณีเสริมเพื่อให้สัญญามีความสมบูรณ์มากขึ้น หากสัญญาไม่ได้ระบุหรือกำหนดไว้ สามารถนำหลักสุจริตไปเสริมได้โดยนำมาปรับใช้เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ใหม่ที่เกิดขึ้น
2. นำหลักสุจริตมาควบคุมกระบวนการทำสัญญาของคู่สัญญาว่ากระทำการโดยสุจริตหรือไม่ ตั้งแต่ก่อนทำสัญญา ขณะทำสัญญาและหลังการทำสัญญา กระบวนการทำสัญญาทั้งหมดถือเป็นสาระสำคัญของการทำสัญญา เพราะหากกระบวนการทำสัญญากระทำขึ้นโดยไม่สุจริตอาจทำให้สัญญามีผลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้
3. นำหลักสุจริตมาควบคุมการใช้สิทธิของคู่สัญญาว่าใช้สิทธิหรือปฏิบัติตามคู่สัญญาโดยสุจริตหรือไม่ ใช้สิทธิตามสัญญาแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาหรือไม่
4. นำหลักสุจริตมาใช้ในการตีความสัญญาของคู่สัญญาที่คู่สัญญาอาจไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนถึงเนื้อหาสาระของสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการนำหลักสุจริตมาอุดช่องว่างของสัญญา คือ ไม่อาจค้นหาเจตนาที่แท้จริงหรือตีความตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ จึงต้องตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี ซึ่งการตีความตามประสงค์ก็คือการตีความตามเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายว่า บุคคลทั่วไปที่กระทำการโดยสุจริตเขาจะตกลงกันหรือจะมีเจตนาร่วมกันเช่นไร หรือมีแนวโน้มไปในลักษณะเช่นไร ในช่องว่างของสัญญานั้น

จากการศึกษาพบว่าปัญหาของการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น อาจเกิดจากการขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนของหลักสุจริตทั้งในการกำหนดขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือกำหนดลักษณะของการใช้เอกสิทธิ์ว่ากรณีใดบ้างคือลักษณะของการมีเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองหลายคดีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิหรือใช้เอกสิทธิ์ไม่สุจริต เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.91/2557⁴¹ หน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยการใช้อิทธิพลบอกเลิกนั้นเกิดจากความบกพร่องของหน่วยงานทางปกครองเองโดยมิได้สัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะ และการขาดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตที่จำเป็นควบคู่กับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง อันอาจจะส่งผลให้คู่สัญญาขาดการตระหนักถึงการกระทำโดยสุจริตในทุกกระบวนการของการทำสัญญาทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.616/2561⁴² กรณีที่คู่สัญญาเอกชนกระทำการโดยไม่สุจริตจากการใช้เอกสารการยื่นเสนอราคาในการทำสัญญาเป็นเอกสารปลอม อีกปัญหาอีกประการหนึ่งคือ การขาดบทบัญญัติถึงหลักสุจริตในระบบกฎหมายปกครองอาจทำให้ศาลปกครองมีได้ไม่ถึงหลักสุจริตโดยตรง โดยผู้วิจัยเสนอแนะแนวทางแก้ไขได้ดังนี้

1. แนวทางแก้ไขในการกำหนดขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจน ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเพิ่มหมวด “สัญญาทางปกครอง” หรือ อาจมีการตรากฎหมายกลางขึ้นมาโดยเฉพาะใช้บังคับสำหรับสัญญาทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เหมือนกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บังคับใช้กับ “คำสั่งทางปกครอง” และเพื่อความชัดเจนของลักษณะของการใช้เอกสิทธิ์ ควรกำหนดลักษณะของเอกสิทธิ์เช่น การยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว การแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือการกำหนดข้อความในสัญญาอันแสดงถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อันมีอาจพบได้ในสัญญาปกติในทางแพ่ง หรือ บัญญัติว่า วิธีการอื่นๆตามกฎหมายลำดับรอง เป็นต้น

⁴¹ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 91/2557

⁴² โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 626/2561

2. มีบทบัญญัติที่กำหนดให้นำหลักสุจริตมาใช้ควบคู่กับการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐ การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีลักษณะเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แม้ว่าจะไม่มีการกระทำผิดตามสัญญาใดๆ เลยก็ตาม เพื่อควบคุมการใช้เอกสิทธิ์ที่เหนือกว่า จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะพบว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์โดยไม่สุจริตหลายคดี ฉะนั้นเพื่อเป็นการควบคุมการใช้เอกสิทธิ์ไปในแนวทางที่เหมาะสมนั้น ควรจะต้องมีการกำหนดนำหลักสุจริตมาใช้ควบคู่กับการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐเสมอ

3. มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดให้นำหลักสุจริตมาใช้ในการกระทำของคู่สัญญาทางปกครอง ตั้งแต่เริ่มต้นทำสัญญา จนถึงสิ้นสุดของสัญญา เช่น การทำสัญญาโดยสุจริต การปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริต การใช้สิทธิโดยสุจริต รวมถึงการตีความตามสัญญาตามสุจริตของคู่สัญญา

4. กำหนดลักษณะเฉพาะในทางกฎหมายของหลักสุจริตเพื่อให้มีความชัดเจน ด้วยลักษณะของหลักสุจริตนั้น แม้จะมีลักษณะในเชิงนามธรรม มีลักษณะที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีความหมายในทางเทคนิค หรือไม่มีบทบัญญัติเฉพาะทางกฎหมายให้คำนิยามไว้ และไม่มีการแยกถึงองค์ประกอบทางกฎหมายของหลักสุจริตได้อย่างชัดเจน ควรมีการกำหนดลักษณะหรือคำนิยามศัพท์ของ หลักสุจริต และรวบรวมหลักสุจริตจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้ทุกคดีพิพาท เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้คดีต่อไป เพื่อไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งน่าจะก่อให้เกิดหลักสุจริตในระบบกฎหมายปกครองมีความชัดเจนมากขึ้น รวมทั้งยังนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานในการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งอาจลดความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ และยังส่งผลทำให้ลดปริมาณคดีพิพาททางปกครองได้ดียิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (ก.ค.ธ.ค., 2552). รากเหง้าของหลักสุจริตในระบบกฎหมายยุโรป. *วารสารยุโรปศึกษา*, 2(17), 152.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2554). *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). *สัญญาทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ประสิทธิ์ โมวิไลกุล. (2554). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไปคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- พรลันต์ เลียงบุญเลิศชัย. (2559). หลักสุจริตในระบอบรัฐธรรมนูญ. *วารสารสังคมศาสตร์*, 1(46), 143.
- มานิตย์ วงศ์เลวี. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2561). *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อานกฎหมาย.
- วรรณรี สิงโต. (ม.ป.ป.). หลักสุจริต. สืบค้น กรกฎาคม 2562, จาก <http://www.stou.ac.th/schools/slwlupload/ex40701-1.pdf>.
- วรพจน์ วิศวพิชญ์. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2533). หลักความได้สัตย์สุจริต. *วารสารนิติศาสตร์*, 20(4), 99-100.
- Beduschi-ORITZ A. (2010). *La notion de loyauté en droit administrative*. Paris: Dalloz.
- B.Odgers C. (1999). *Black's law Dictionary*. (7th ed). St. Paul: West Group.
- Campagnola F. (2016). Bonne foi et loyauté en droit des contrats. Retrieved September 16, 2019 from <https://www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html>.
- Christain Heinrich. (2000). *Formale Freiheit und material Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Daneil E. Toomey, William B. Fisher and Laurie F.Curry. (2003). *Public Contrat Law Journal*. 1(20), 87-125.
- Domat J. (1694). *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1re edition). Paris: Imprimeur & libraire ordinaire du Roy.
- Carre M. (1822). *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Oeuvres de J. Domat. Tome III (1re edition). Paris: Chez Firmin Didot.
- Louw, AM. (2013). Yet another call for a greater role for good faith in the South African law contract: Can we banish the law of the jungle, while avoiding the elephant in the room. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 16(5), 62.
- Marchal P. (2014). *Principes généraux du droit*, (1re edition). Paris: bruylant publishers.