

บทที่ 3

สัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในต่างประเทศและประเทศไทย

ประเทศฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการทางด้านแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน รวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง สำหรับประเทศเยอรมันแม้จะมีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งออกจากกันดังเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่หลักการพื้นฐานหลายๆ อย่างก็ยังคงมีความแตกต่างกัน และประเทศเยอรมันยังได้มีการบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครอง รวมถึงการบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงน่าจะศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของทั้งสองประเทศดังกล่าว เพื่อเปรียบเทียบกับแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของประเทศไทย

3.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนอกจากฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการทางกฎหมาย โดยการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการดำเนินกิจกรรม โดยการก่อนิติสัมพันธ์กับเอกชนในรูปแบบของการจัดทำสัญญา ซึ่งสัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนนั้น สามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (Contrats du droit commun de l'administration)¹ โดยหากเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนี้จะอยู่ในอำนาจ

¹ จาก สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 20-21), โดย บุบผา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.

พิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันตามแต่พัฒนาการของระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของแต่ละประเทศ

3.1.1 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การดำเนินการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทางกฎหมายโดยการจัดทำสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่าย โดยเรียกว่า สัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองอาจดำเนินการจัดทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกับสัญญาของเอกชน หรือจัดทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) ซึ่งจะต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3.1.1.1 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง²

ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งนั้น ก่อนอื่นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส แบ่งลักษณะของสัญญาทางปกครองได้เป็นสองลักษณะ คือ สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด ซึ่งโดยหลักจะกำหนดเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) เช่น สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ หรือสัญญาพัสดุ เป็นต้น และสัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล (สัญญาทางปกครองโดยสภาพ) เป็นกรณีที่ไม่มีการกำหนดไว้ จึงเป็นหน้าที่ที่ศาลจะเป็นผู้กำหนด เพื่อเป็นแนววินิจฉัยว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองอยู่สามประการ คือ ประการแรก หลักการพิจารณาเกี่ยวกับคู่สัญญา ประการที่สองหลักการพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา และประการสุดท้ายหลักการพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา³

1) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

กฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับ ได้กำหนดชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง และประเภทใดเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นการระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญาประเภทใดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งถือโดยปริยายว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง

² จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (น. 44), โดย ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 20-21). เล่มเดิม.

ของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาของศาล หรืออาจเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนด แต่เมื่อกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ก็จะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย⁴

ตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่⁵

สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Marchés de Travaux publics) ซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ สัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII

สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ มาตรา 84⁶

สัญญากู้เงินของรัฐ ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1790 และ ลงวันที่ 26 กันยายน 1739

สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง กำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de Marchés publics)

2) สัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล (สัญญาทางปกครองโดยสภาพ)

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองจะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาแยกแยะว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีหลายเกณฑ์ด้วยกัน โดยอาจแบ่งได้ ดังนี้

2.1 เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

2.1.1 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชน

แต่เดิมศาลมิได้แยกกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1983 ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลได้วางหลักในคดี Union des Assurances de Paris ว่า สัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวจึงเป็นการวางหลักว่า สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชน สัญญานั้นย่อมใช้วิธีการในการจัดการทางมหาชน

⁴ จาก รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 45), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง.

⁵ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 23-24). เล่มเดิม.

⁶ จาก สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 411), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

แต่หลักการดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการ ซึ่งไม่แตกต่างจากผู้ใช้บริการเอกชนทั่วไป⁷

2.1.2 สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน

สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองหรือกรณีเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสัญญาประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาจากข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะหรือไม่ หรือพิจารณาระบบของสัญญานั้น ส่วนวิธีการจัดทำสัญญาไม่มีผลต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญาแต่อย่างใด⁸

2.1.3 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลเอกชน

โดยหลักสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันนั้น จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ไม่ว่าคู่สัญญาเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ หรือไม่ว่าสัญญานั้นจะมีลักษณะพิเศษ หรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นในกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าหากสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน⁹

2.2 เกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา

การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจากวัตถุประสงค์ของสัญญานี้สามารถแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้¹⁰

2.2.1 สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

⁷ รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น.46-55). เล่มเดิม.

⁸ แหล่งเดิม.

⁹ แหล่งเดิม.

¹⁰ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 31-35). เล่มเดิม.

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งการทำกรก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์นั้น มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารกิจการแบบมหาชนโดยแท้ เพราะในการทำงานดังกล่าวรัฐมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอรรถาภิเษกที่เกี่ยวข้อหลายประการ สัญญาประเภทนี้แบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และนอกจากจะว่าจ้างให้ทำการก่อสร้างแล้ว ยังมอบให้ผู้รับเหมาบริหารหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาจะได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชน

(2) สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่เอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการเป็นค่าตอบแทน

2.2.2 สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร เป็นต้น

2.2.3 สัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

เกณฑ์ในการพิจารณานี้สภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นจากการวินิจฉัยคดี โดยสัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงนี้ แบ่งออกเป็น 3 ประเภทหลัก ๆ ดังนี้

(1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะนั้นอาจจะมีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม

(2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์ในโรงพยาบาล หรือสัญญาว่าจ้างอาจารย์ในสถานศึกษา เป็นต้น

(3) สัญญาที่ทำกับผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยการทำสัญญาให้บริการแก่ผู้ให้บริการตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลนั้น

ซึ่งเป็นการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองเป็นการดำเนินการทางด้านการปลูกป่า โดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ

2.3 เกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

เนื้อหาสาระที่จะทำให้สัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องมิลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก

2.3.1 สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง

สัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะอาจไม่เป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป ซึ่งสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องเป็นสัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หรือมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ และความเกี่ยวข้องนั้นจะต้องถึงขนาดที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะ¹¹

2.3.2 สัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

โดยที่ในการดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีอำนาจมหาชนเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหากฝ่ายปกครองต้องการที่จะสงวนไว้ซึ่งอำนาจมหาชน ฝ่ายปกครองอาจกำหนดในข้อสัญญาโดยให้มีข้อกำหนดพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้อาจเป็นข้อความที่มีลักษณะที่ขัดต่อกฎหมาย (illicit) และอาจทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพใด ๆ ในการทำสัญญาเลย หรือเป็นสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐบังคับคดีได้เองโดยไม่ต้องขึ้นศาล เป็นต้น ซึ่งหากมีการกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนั้น ยังมีข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะโดยปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้กำหนดไว้เช่นนั้น เช่น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผลสัญญา หรือการให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษในทุกชั้นตอน เป็นต้น¹²

¹¹ จาก “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2529, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 83-87.

¹² แหล่งเดิม (น. 87-91).

ตัวอย่างของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่¹³

(1) ข้อกำหนดที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของกลุ่มสัญญา หรือข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเข้าดำเนินการแทนในกรณีคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งวิธีการใช้อำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลพินิจของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีดังกล่าว หรือการใช้วิธีการนั้นไม่จำเป็นต้องมีการเตือนล่วงหน้าเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการตามสัญญาก่อน เป็นต้น

(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน

(4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดต่อกฎหมาย เช่น ขัดต่อหลักความเสมอภาคของกลุ่มสัญญา

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี ซึ่งหากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนแล้วอาจจะเป็นโมฆะ

3.1.1.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน โดยดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในสัญญาทางปกครองหลักเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญาจะถูกจำกัดมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาทางแพ่ง¹⁴

¹³ จาก “รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส” (น.5) โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, เสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2545. อ้างถึงใน *หลัก clausula rebus stantibus ในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน) (น. 130), โดย ปารวี พิสิฐเสนากุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁴ “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” (น. 91-95). เล่มเดิม.

1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครอง

1.1 อำนาจในการทำสัญญา

คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะเข้าทำสัญญาได้จะต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยบุคคลผู้ที่จะทำการแทนในการเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายและในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะถูกควบคุมโดยหน่วยงานอื่น เช่น ถูกควบคุมในทางการเงิน โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน หรือถูกควบคุมทางเทคนิคโดยกระทรวงโยธาธิการ เป็นต้น

โดยหลักสัญญาทางปกครองไม่มีแบบ จึงอาจทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติมักจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย คือ ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de Marchés publics) ซึ่งมาตรา 39 และมาตรา 250 กำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือโดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญาเสมอ และในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจไม่มีสิทธิเลือกที่จะทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง เพราะกฎหมายอาจกำหนดไว้เลยว่าสัญญาใดต้องทำเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะกฎหมายกำหนดว่าต้องทำในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง เป็นต้น และในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์บางอย่างเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะสละเสียไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายรัฐสละเอกสิทธิ์ดังกล่าว ศาลจะถือว่าการสละนั้นไม่เป็นผล¹⁵

1.2 วิธีการเลือกคู่สัญญา

ฝ่ายปกครองถูกจำกัดให้ต้องเลือกคู่สัญญาตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะต้องเป็นวิธีการที่เป็นกลางและให้ได้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามอำเภอใจไม่ได้

2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

ตามหลักกฎหมายในสัญญาทางแพ่งนั้น คู่สัญญาย่อมมีความเสมอภาคกันในการที่จะกำหนดและเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา ตลอดจนการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งการกำหนดข้อสัญญาทางแพ่งนั้นมีลักษณะเป็นการเจรจาต่อรองกันโดยอิสระ แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาทั้งในแง่การทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ เพราะรัฐเข้าทำสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น หลักการกำหนดข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงเป็นหลักในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมักจะกำหนดข้อกำหนดไว้

¹⁵ จาก สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น.47-49), โดย ชาญชัย แสงวงศ์, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ในสัญญา เช่น สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ ซึ่งมักมีสัญญาต้นแบบ และเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาไว้เป็นแบบแผน โดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อรองได้นอกจากในเรื่องราคาที่เอกชนอาจต่อรองได้เท่านั้น¹⁶

3.1.1.3 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

โดยหลักเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาก็สิ้นสุดไป หรือสัญญาอาจสิ้นสุดไปตามข้อตกลงที่กำหนดในสัญญา หรืออาจสิ้นสุดไปเพราะคู่สัญญายินยอมพร้อมใจกันเลิกสัญญา หรือการชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย นอกจากนี้ ยังมีการเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครอง ดังนี้¹⁷

1) การเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง

คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา โดยสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ใน 2 กรณี ดังต่อไปนี้

1.1 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง

1.2 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ถ้าเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ การเลิกสัญญากรณีนี้อาจทำเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือกฎข้อบังคับก็ได้ ซึ่งอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวกรณีนี้ คือ การขยายอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังนั้น หลักการใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีความผิดนี้ จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัญญาแล้วจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนเต็มจำนวนของความเสียหาย

2) การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

การเลิกสัญญาโดยศาลปกครองอาจเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้

2.1 โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาดหรือกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัย

2.2 โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยเฉพาะในกรณีเลิกสัญญาสัมปทานซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีสิทธิเลิกสัญญาได้เอง

¹⁶ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 46-48). เล่มเดิม.

¹⁷ “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” (น. 108-109). เล่มเดิม.

2.3 โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็น เหตุฉฉาว

3.1.2 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมันหลักกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง เป็นหลักกฎหมายปกครอง ที่เป็นที่ยอมรับและมีพัฒนาการมาเป็นเวลานาน แต่ในทางตรงกันข้ามหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นเวลานาน เหตุผลที่เป็นเช่นนั้น ส่วนหนึ่งเกิดจาก แนวความคิดของ Otto Mayer ที่มีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวกับ กฎหมายมหาชนนั้นไม่มีทางที่จะเกิดขึ้น เพราะสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกัน ตามกฎหมาย แต่ในหลักของกฎหมายมหาชนรัฐจะอยู่เหนือกว่าเอกชน รัฐจึงไม่อาจทำสัญญา ตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้¹⁸ แม้แนวความคิดนี้จะเป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานานก็ตาม แต่ก็มี ผู้ที่ไม่เห็นด้วย โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมีแนวคิดว่า ในการดำเนินการทางปกครองฝ่ายปกครอง สามารถดำเนินการในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถดำเนินการทางปกครอง โดยวิธีการเจรจากับเอกชน ซึ่งอาจจะ ดำเนินการในรูปแบบของสัญญาก็ได้ โดยคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะ และหน้าที่ของตนเอง

หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม ในปี 1976 โดยได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา 9 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบของสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ในมาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำ บทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญา ทางปกครองในกรณีที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ และรวมถึง กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญา ทางปกครอง¹⁹

¹⁸ From *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, (p. 41-42), by Mayer, 1888, *AöR*. อ้างถึงใน หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 1-2) โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.

¹⁹ จาก *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 1-3), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.

3.1.2.1 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันมีการแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ข้อพิจารณาดังกล่าวมีความสำคัญทั้งต่อการพิจารณาหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ และการนำคดีขึ้นสู่ศาล กล่าวคือ ในแง่กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับนั้น หากเป็นการตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง เช่น “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” นอกจากนี้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองทำขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผล ฝ่ายปกครองจึงอาจได้รับสิทธิบางประการที่ไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ส่วนการตกลงเข้าทำสัญญาทางแพ่งจะเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่มีสิทธิเหนือเอกชนคู่สัญญา และในการนำคดีขึ้นสู่ศาลกรณีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องฟ้องร้องยังศาลปกครอง แต่หากเป็นข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งจะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม²⁰

การพิจารณาถึงพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง โดยหลักจะต้องพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย สำหรับเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีจะต้องคำนึงถึงด้วยว่าภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกระทำการในรูปแบบตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน เนื่องจากในกรณีนี้เจตนาของฝ่ายปกครองจะมีความสำคัญในการวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น หากปรากฏว่าการกำหนดเรื่องข้อบังคับในการใช้ห้องสมุดของเมืองนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเมืองมีดุลพินิจในการบริหารจัดการได้เอง หากเจ้าหน้าที่เลือกกำหนดให้มีการยืมหนังสือได้โดยความผูกพันตามกฎหมายเอกชน สัญญายืมหนังสือดังกล่าวจึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายในสัญญาทางแพ่ง

สำหรับหลักการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองนั้น ก่อนอื่นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา 54 ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดให้พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจากพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญา โดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา กล่าวคือ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง จะต้องปรากฏว่าเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์

²⁰ จาก “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, มิถุนายน 2542, *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2, น. 262-264.

แห่งสัญญาอันมีข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครอง หรือมูลเหตุแห่งนี้หรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญามีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง สำหรับฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญในการแสดงถึงลักษณะความแตกต่างของสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง สัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง อาจเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายเอกชน ยกตัวอย่างเช่น ราชการส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งตกลงทำสัญญาขายรถบรรทุกให้กับราชการส่วนท้องถิ่นอีกแห่งหนึ่ง สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาซื้อขายทั่วไปตามนัยมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในทางกลับกันสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายมหาชนซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว การที่เอกชนจะทำสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้เอกชนสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ เช่น สัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งนายจ้างตกลงที่จะจ่ายเงินประกันสังคมบางส่วนให้กับลูกจ้างแทนรัฐตามกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า สัญญาทางปกครองที่แท้จริงระหว่างเอกชนด้วยกันแม้ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 เนื่องจากมาตรา 1 (1) ได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นี้มาใช้บังคับกับกรณีที่เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น²¹

ตัวอย่างของสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น

สัญญาที่ได้จัดทำขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) เช่น สัญญาที่จัดทำขึ้นตามกระบวนการเวนคืนตามนัยมาตรา 110 แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการออกคำสั่งหรือกระทำการทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

สัญญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับอนุญาตก่อสร้างอาคารมีหน้าที่ต้องจัดให้มีสถานที่จอดรถ ซึ่งเป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารกำหนดไว้

²¹ From *Allgemeines Verwaltungsrecht* (S. 88), by Hendler, R. Rdnr. 445.; *Allgemeines Verwaltungsrecht* (S. 342-343), by Maurer, H. Rdnr. 7. อ้างถึงใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 5-9). เล่มเดิม.

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญา มีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น จะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตกลงว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมการก่อสร้างตามมูลค่าของที่ดินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่าสัญญานี้คือ “สัญญาผสมระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชน” ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจึงต้องแยกพิจารณาว่า หากพิพาทกันในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาจากการที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา แต่หากพิพาทกันในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ซึ่งความเห็นดังกล่าวนี้ นักกฎหมายส่วนหนึ่งไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาจากลักษณะธรรมชาติในทางกฎหมายของสัญญาในลักษณะที่เป็นเอกภาพ กล่าวคือ หากเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง²²

3.1.2.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 62 ประโยคที่สอง ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยอนุโลมเมื่อกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นไว้ ดังนั้น การพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจึงต้องนำหลักในกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ ซึ่งตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดว่าสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย²³

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 57 ได้กำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น จึงเห็นได้ว่าในเรื่องแบบนี้ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

²² หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 5-9). เล่มเดิม.

²³ จาก รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 114), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง.

ของประเทศเยอรมันจะให้ความสำคัญกับสัญญาทางปกครองมากกว่าคำสั่งทางปกครองเนื่องจากกรณีของคำสั่งทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถจะกระทำด้วยวาจาก็ได้

นอกจากนั้น สัญญาทางปกครองใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สาม สัญญาทางปกครองนั้นจะมีผลสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบุคคลที่สามแล้ว ยกตัวอย่างเช่น สัญญาทางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐตกลงผูกพันตนในการออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ซึ่งจะมีผลไปกระทบต่อสิทธิของเพื่อนบ้าน ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม สัญญาทางปกครองนี้จะยังไม่มีความสมบูรณ์จนกว่าจะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบุคคลที่สามนั้น และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทำสัญญาทางปกครองกับเอกชน แทนการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งตามกฎหมายแล้วการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นจะต้องได้รับความยินยอมหรือเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้ให้ความยินยอมหรือเห็นชอบตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย²⁴

3.1.2.3 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง²⁵

โดยที่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองด้วยโดยอนุโลม ดังนั้นกรณีการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองจึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งแบ่งกรณีของการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

1) การทำให้หนีตามสัญญาทางปกครองระงับ

กรณีหนีตามสัญญาทางปกครองอาจะระงับไปโดยการที่ลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้ซึ่งตนมีหนี้ต้องชำระ (มาตรา 362 ff. BGB) การหักกลบลบหนี้ (มาตรา 387 ff. BGB) การที่เจ้าหนี้ได้ยกหนี้ให้แก่ลูกหนี้ (มาตรา 397 BGB) และการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาใหม่

2) การขอลอนตัวจากสัญญา (Rücktritt vom Vertrag)

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถขอลอนตัวออกจากสัญญาทางปกครองได้หากได้มีการกำหนดเงื่อนไขเรื่องการขอลอนตัวจากสัญญาไว้ในข้อสัญญา หรืออาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิขอลอนตัวจากสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยอันเนื่องมาจากพฤติการณ์ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบ (มาตรา 325 วรรคหนึ่ง BGB) หรือกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกเป็นผู้ชำระหนี้ล่าช้า และการชำระหนี้ตามสัญญาไม่เป็นประโยชน์กับเจ้าหนี้อีกต่อไป (มาตรา 326

²⁴ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 20-21). เล่มเดิม.

²⁵ รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 142-147). เล่มเดิม.

วรรคสอง BGB) เป็นต้น โดยการขอลงตัวออกจากสัญญากระทำได้โดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

3) การปรับเปลี่ยนสัญญา (Anpassung des Vertrages)

กรณีความสัมพันธ์ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจที่จะถือเอาสัญญาเดิมต่อไป ในกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวอาจเรียกร้องให้มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาของสัญญาตามลักษณะของการเปลี่ยนแปลงได้เท่าที่จะสามารถทำการปรับเปลี่ยนได้และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมรับในการปรับเปลี่ยนดังกล่าว

ในการใช้สิทธิเรียกร้องขอปรับเปลี่ยนสัญญานี้ คู่สัญญาสามารถที่จะเรียกร้องจากอีกฝ่ายหนึ่งให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญาได้ตามที่จำเป็น และหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการปรับเปลี่ยนสัญญาดังกล่าว หรือไม่อาจตกลงเกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนสัญญาได้ ในกรณีนี้อาจมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ปรับเปลี่ยนสัญญาส่วนที่จะต้องมีการแก้ไขนั้นได้ โดยการฟ้องขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเห็นด้วยกับการปรับเปลี่ยนสัญญา ถ้าศาลปกครองเห็นด้วยกับคำฟ้องดังกล่าว ให้ถือว่ามีการแสดงเจตนาดังกล่าวทันทีที่คำพิพากษาของศาลมีผลบังคับ

4) การบอกเลิกสัญญา (Kündigung)

มาตรา 60 วรรคหนึ่ง VwVfG ได้กำหนดให้มีการบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ใน 2 กรณี คือ กรณีการการบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของพื้นฐานของการทำสัญญา (Kündigung wegen wegfalls der Geschäftsgrundlage) และกรณีการบอกเลิกสัญญาเพื่อการป้องกันหรือเพื่อการขจัดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นต่อส่วนรวม (Kündigung zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl) ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

3.1.3 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย เริ่มมีมาตั้งแต่ในยุคสมัยรัชกาลที่ 26²⁶ ซึ่งประเทศไทยยังปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยในขณะนั้นได้มีการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการสร้างถนน การขุดคลอง หรือการสร้างทางรถไฟ ซึ่งรูปแบบหนึ่งที่รัฐในสมัยนั้นใช้ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คือ การมอบหมายในรูปของการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยรัฐให้ผลประโยชน์ตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่ถูกจัดทำขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งจะมีระยะเวลา

²⁶ จาก *หลัก clausula rebus stantibus ในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน) (น. 113), โดย ปารวี พิสิฐเสนากุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ที่ค่อนข้างยาวนาน ในการนี้ ผู้ได้รับพระบรมราชานุญาตดังกล่าวยังอาจได้รับผลประโยชน์อย่างอื่น เช่น ได้รับสิทธิจับจองเป็นเจ้าของที่ดินตลอดริมฝั่งคลองที่จุดทั้งสองฝ่ายเป็นระยะ 80 เส้น เป็นต้น²⁷

ในปี พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานสัมปทาน ในการสร้างทางรถไฟสายแรก ระหว่างกรุงเทพมหานครถึงสมุทรปราการให้แก่บริษัทเดนมาร์ก และต่อมาได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตขุดคลอง โดยทำสัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์ กับนายโยวาгим แครซี และนายขมที่เข้าหุ้นส่วนเป็นคอมปานีขุดคลอง²⁸ ซึ่งสัญญาดังกล่าว มีข้อกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องนำแผนที่แบบแผนคลองที่จะขุด กำหนดเวลาที่ขุดลงมือขุด มายื่นต่อผู้อนุญาตเพื่อขอความเห็นชอบก่อนลงมือขุดด้วยทุกครั้ง และมีอำนาจในการแก้ไข ความคิดของผู้รับอนุญาตได้ และในข้อสัญญาจะมีการกำหนดว่า ผู้อนุญาตยอมให้ผู้รับอนุญาต มีโอกาสที่จะเป็นผู้รับจ้างก่อนผู้อื่นในทีตำบลทั้งปวง ซึ่งเป็นการแสดงลักษณะของการผูกขาด นอกจากนั้น ในข้อสัญญายังกำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการยกเลิกการให้อำนาจ โดยกำหนดว่า ถ้ามีผู้ใดผู้หนึ่งมาขออนุญาตขุดคลองและเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่แผ่นดินควรยอมให้ขุด แต่ต้องถามผู้รับอนุญาตก่อนว่าผู้รับอนุญาตจะขุดหรือไม่ ถ้าผู้รับอนุญาตไม่ขุดจึงจะยอมให้ผู้ขออนุญาตใหม่ขุดได้ แต่ผู้รับอนุญาตรายใหม่ต้องขุดภายในกำหนดเวลา ถ้าพ้นกำหนดเวลาแล้วไม่มีการขุด หรือขุดแล้วแต่ไม่เสร็จตามกำหนดเวลาที่ผู้ขออนุญาตเดิมขอไว้ ผู้ให้อำนาจจะคืนอำนาจ เสียไม่ให้ผู้รับอนุญาตขุดคลองต่อไป แล้วให้ผู้รับอนุญาตเดิมดำเนินการต่อไป²⁹

รูปแบบของพระบรมราชานุญาตได้มีการพัฒนา โดยต่อมามีการออกกฎหมายที่ให้ อำนาจในการมอบให้เอกชนจัดดำเนินการบริการสาธารณะฉบับแรก ซึ่งปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พระพุทธศักราช 2464 ซึ่งประกาศใช้ในสมัย พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) โดยห้ามมิให้สร้างรถไฟราษฎร์ขึ้น ในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะให้มีประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขของผู้รับใบอนุญาตไว้ และรัฐบาลมีเอกสิทธิ์ คือ มีอำนาจเข้าปกครองยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตได้ แต่จะต้องเป็นไปตามหนังสือ

²⁷ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 85). เล่มเดิม.

²⁸ จาก “การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญา สัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย” (น. 4-5) โดย ฤทัย หงส์ศิริ, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 7 เรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย”, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการ กฤษฎีกา.

²⁹ จาก สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 109-112), โดย สุรพงษ์ กลั่นประษา, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พระราชทานพระบรมราชานุญาต ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในสมัยนั้น และกรณีถ้าไม่ได้มีการกำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองรถไฟได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งภายหลังจากวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี³⁰

ต่อมา ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่ได้นิยามความหมายของคำว่ากิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ รถราง ชุมคลองเดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบต่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีกาไว้ตามยุคตามคราว กฎหมายฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน โดยการห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทยรวมทั้งกิจการประกันภัย ธนาคารออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ หรือกิจการอื่นอันมีลักษณะคล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะได้รับการบรมราชานุญาตหรือสัมปทานเสียก่อน³¹

ในปี พ.ศ. 2473 ได้มีการตราพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับการสัมปทาน พ.ศ. 2473 โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เอกชนที่มีความประสงค์จะสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงจะต้องได้รับการสัมปทานจากรัฐบาลเสียก่อน ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในปี พ.ศ. 2475 การให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำกิจการที่มีลักษณะเป็นการสาธารณูปโภคยังคงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไป ในภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 จำนวน 2 ครั้ง ซึ่งต่อมาได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ออกมายกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมอีก 2 ฉบับ โดยกำหนดให้กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุมคลอง การเดินอากาศ การประปาและชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และกิจการอื่นที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา รัฐเป็นเจ้าของ

³⁰ แหล่งเดิม.

³¹ แหล่งเดิม.

เอกชนที่มีความประสงค์จะประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรี แต่การอนุญาตและการให้สัมปทานโดยรัฐมนตรีตามกฎหมายดังกล่าวไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นไปได้โดยง่าย³²

ต่อมา ในระยะหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน ปี พ.ศ. 2475 ในช่วงระยะเวลาประมาณปี พ.ศ. 2530 เป็นต้นมา การทำสัญญาทางปกครองในลักษณะที่ให้เอกชนเข้ามาบริการแบ่งเบาหรือร่วมจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ ได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน โดยสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ กลุ่มแรก ๆ ได้แก่ สัญญาสัมปทานคอนกรีตเมืองโทลเวย์ระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัททางยกระดับคอนกรีตเมือง จำกัด (มหาชน) สัญญาทางด่วนชั้นที่สองระหว่างกรมทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด หรือสัญญาสัมปทานทางรถไฟยกระดับในโครงการโฮปเวลล์ ระหว่างบริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัดกับการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นต้น และต่อมา ในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อกำหนดคกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาของภาครัฐและเอกชนในกรณีเป็น โครงการใหญ่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ส่วนโครงการที่มีมูลค่าน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็จะดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535³³

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองได้ถือกำเนิดในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว โดยปรากฏในลักษณะของการให้สัมปทาน การให้จัดทำบริการสาธารณะ และการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และได้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายฉบับที่กำหนดให้อำนาจแก่รัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแฝงอยู่ในระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองมาตั้งแต่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

3.1.3.1 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การทำสัญญาในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นสัญญาภาครัฐหรือสัญญาภาคเอกชน คู่สัญญาจะตกลงทำสัญญาผูกพันระหว่างกัน โดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอันเดียวกัน

³² จาก ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 40-41), โดย รัชนิกุล บินเจียง, 2548, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³³ จาก สัญญาทางปกครอง (ข) (น. 9-11), โดย สุรพล นิติไกรพจน์, 2555, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ หลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา หรือการตีความสัญญา และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาจะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในศาลยุติธรรม³⁴ รัฐในสมัยนั้นได้มีการจัดทำสัญญาหลายประเภท ไม่ว่าจะเป็นการมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนี้จะจัดทำในรูปของสัญญา ซึ่งหากสัญญาเหล่านี้เกิดขึ้นในปัจจุบัน จะเรียกสัญญาดังกล่าวว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในอดีตนั้นจะเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาของทางราชการ หรือ สัญญาของรัฐ³⁵ เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเรื่องสัญญาทางปกครอง ดังนั้นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน ก็จะมีการพิจารณาในลักษณะเดียวกับสัญญาทางแพ่งและอยู่ภายใต้หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁶

ในปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยกำหนดให้คดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาในเรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งในการพิจารณาลักษณะของสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่ง จะต้องพิจารณาจากความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาคำนิยามของสัญญาทางปกครองดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าความเป็นสัญญาทางปกครองถูกกำหนดโดยเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ คือ เกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา และเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา

³⁴ จาก สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขข้อสัญญา (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 117), โดย บุญส่ง สิริพันธ์โนน, 2536, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³⁵ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 41). เล่มเดิม.

³⁶ จาก “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม”, โดย กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, ธันวาคม 2541, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 17(3), น. 41.

เกณฑ์ทางด้านคู่สัญญา การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องปรากฏว่าสัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ โดยการได้รับมอบหมายจากหน่วยงานทางปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะ แทนรัฐ

ส่วนเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญานั้น ตามคำนิยามของสัญญาทางปกครอง ที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น มิได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าสัญญาทางปกครองคืออะไร หรือหมายความว่าอย่างไร แต่บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองโดยใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงมิได้หมายความว่าเฉพาะสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการ สาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น แต่สัญญาทั้ง 4 ประเภทดังกล่าว เป็นเพียงสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น ซึ่งอาจมีสัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนประเภทอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าวแต่มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากคำว่า “หมายความรวมถึง” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า สิ่งที่ทำให้หมายความรวมไปถึงนั้นไม่ใช่สิ่ง ๆ นั้น (สัญญาทางปกครอง) โดยตรง แต่กฎหมายกำหนดให้ครอบคลุมถึง เพื่อประโยชน์ในการกำหนดธรรมชาติของสิ่งดังกล่าว ให้ชัดเจนเท่านั้น³⁷ โดยหากสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาเหล่านั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้กับสัญญาดังกล่าว ซึ่งตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้วางหลักไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร

³⁷ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (น. 257-258), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง³⁸ เมื่อพิจารณาบทที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเกณฑ์พิจารณาทางด้านคู่สัญญา คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา คือ สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และนอกจากลักษณะของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวแล้ว สัญญาที่มีข้อตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ นอกจากนี้ ในเวลาต่อมายังได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล³⁹ และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด⁴⁰ วางแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมออกไป โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาพิพาท ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล⁴¹

ตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองของไทยนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ สัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย ซึ่งปรากฏในคำนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

1) สัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาคำนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายนั้นมีอยู่ 4 ประเภท ซึ่งหากสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเป็นสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 ประเภทที่ได้รับการบัญญัติไว้ดังกล่าว ก็ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

³⁸ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 89). เล่มเดิม.

³⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546 และที่ 8/2548

⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2546 และที่ 726/2547 ฯลฯ

⁴¹ หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 120). เล่มเดิม.

1.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทาน เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ประโยชน์ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการนั้น⁴² โดยผู้รับสัมปทานจะรับความเสี่ยงเอง ส่วนสิ่งก่อสร้างรวมถึงการลงทุนต่าง ๆ เมื่อหมดสัญญาจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยสาระสำคัญของสัญญาสัมปทาน คือ การลงทุนและก่อสร้าง เป็นเรื่องที่ได้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการ เงินลงทุนที่ใช้บริหารโครงการจะเกิดจากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ ขณะเดียวกันผู้รับสัมปทานอาจมีรายได้ทางอื่น เช่น จากเงินที่รัฐให้การสนับสนุนโครงการ

ตัวอย่างสัญญาสัมปทานตามแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน)⁴³

สัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติอนุญาตให้เอกชนเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคมพร้อมทั้งได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุ⁴⁴

นอกจากนี้ สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทาน เช่น สัญญาสัมปทานทำป่าไม้ชายเลน⁴⁵ สัญญาสัมปทานจัดเก็บรังนกอีแอ่น⁴⁶ เป็นต้น

1.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตนหรือร่วมกับตน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับประโยชน์หรือค่าตอบแทนจากหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

⁴² จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น. 131), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547

⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548 และ ที่ 190/2549

⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 930/2547, ที่ 374/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 77/2553

⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550 และ ที่ 563/2554

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตนหรือร่วมกับตน เช่นเดียวกับสัญญาสัมปทาน ต่างกันแต่เพียงว่าเอกชนคู่สัญญาตามสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะรับประโยชน์หรือค่าตอบแทนจากรัฐในลักษณะเป็นค่าจ้าง ส่วนในสัญญาสัมปทานเอกชนคู่สัญญาจะได้รับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากผู้รับบริการมิใช่รัฐ⁴⁷

ตัวอย่างของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เช่น สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย⁴⁸

สัญญาจ้างให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ระหว่างสำนักงานประกันสังคมกับโรงพยาบาลเอกชน⁴⁹

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการธนาคารออมสิน⁵⁰

1.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค⁵¹

คำว่า “สาธารณูปโภค” ตามความหมายทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน มีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์” นอกจากนั้น ยังมีความหมายตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ เช่น ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ได้กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง
- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา

⁴⁷ จาก แนวทางการพิจารณาจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง (น. 14), โดย คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, 2553, กรุงเทพฯ: ศาลปกครอง.

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 117/2552

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 453/2553

⁵¹ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 104-105), เล่มเดิม.

- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

และตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติว่า สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร...”

จากความหมายทั่วไปและความหมายตามที่ปรากฏในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว จึงเห็นได้ว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

(1) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพานสวนสาธารณะ ทางเดินเท้า สาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ทำเทียมเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

(2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าและสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

กรณีจึงสรุปได้ว่า สัญญาใดที่มีวัตถุประสงค์ในการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคดังที่กล่าวมาข้างต้น รวมถึงสัญญาที่ให้ออกแบบ ควบคุมงาน บำรุงรักษา และซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว สัญญานั้นจะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของส่วนราชการ⁵²

สัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อปฏิบัติงานตามโครงการสำรวจและออกแบบรายละเอียดระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษเมืองพัทยา⁵³

สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงภูมิทัศน์ช่วงนคร⁵⁴

บันทึกข้อตกลงให้ใช้และซ่อมแซมถนนสาธารณะ⁵⁵

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 745/2549

⁵³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 123/2550

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 363/2553

⁵⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 35/2550

1.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้แม้จะมีใช้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะ โดยหลักทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของชาติหรือเป็นทรัพย์สินของประชาชน โดยมีรัฐเป็นผู้ดูแลรักษา ซึ่งแนวคิดดังกล่าวทำให้การที่บุคคลใดจะเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะต้องขออนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐสามารถเข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์ให้เป็นไปโดยเกิดประโยชน์อย่างแท้จริงต่อส่วนรวม⁵⁶ ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ ได้แก่ ป่าไม้เหมืองแร่ และปิโตรเลียมที่ยังอยู่ในสภาพซึ่งฝังอยู่ในดินเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ ผู้ใดจะทำการใด ๆ ต่อทรัพยากรดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยนั้น อยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ เช่น มาตรา 5 กำหนดห้ามผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าที่ที่สำรวจแร่จะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่จากฝ่ายปกครองก่อน เป็นต้น

สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีความแตกต่างจากสัมปทานบริการสาธารณะ คือ สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังเช่นสัมปทานบริการสาธารณะ⁵⁷

ตัวอย่างสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เช่น

สัญญาสัมปทานทำป่าไม้ชายเลน⁵⁸

สัญญาสัมปทานทำไม้หวงห้ามธรรมดาออกจากไม้สัก⁵⁹

2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งนอกจากจะมีสัญญา 4 ประเภท ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ยังรวมถึงสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการ

⁵⁶ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 107-108). เล่มเดิม.

⁵⁷ สัญญาทางปกครอง(ก) (น. 145-146). เล่มเดิม.

⁵⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547 ,ที่ 128/2548 ,ที่ 140/2548 ,ที่ 161/2548 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 85/2549 ,ที่ อ. 285/2549 และที่ อ. 374/2549

⁵⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 598/2551

สาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และในเวลาต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาพิพาท ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลด้วย⁶⁰

2.1 สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ยกตัวอย่างเช่น

สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ⁶¹

สัญญาจัดการบริหารท่าเทียบเรือ⁶²

สัญญาการเป็นนักศึกษาและสัญญาลาศึกษา⁶³

สัญญาจ้างดำเนินการสำรวจสถานะสุขภาพอนามัยของประชาชนและประเมินความพึงพอใจของประชาชนต่อการบริการสาธารณสุขของรัฐในพื้นที่⁶⁴

สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าว⁶⁵

2.2 สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ หมายถึงสัญญาซึ่งมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ และข้อกำหนดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาจเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ที่โดยธรรมชาติของสิทธิหน้าที่นั้น ไม่อาจถูกกำหนดลงไปสัญญาทางแพ่งได้ ซึ่งการกำหนดเอกลักษณ์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้เป็นกรณีที่ต้องสงวนการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายรัฐไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

ตัวอย่างของสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เช่น กรณีสัญญาหลักประกันซองเป็นสัญญาเบื้องต้นที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาซื้อขาย

⁶⁰ แนวทางการพิจารณาจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง (น. 32). เล่มเดิม.

⁶¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) และที่ 161/2547

⁶² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2548

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548

⁶⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 245/2550

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2551

ดินลูกรัง วัสดุคัดเลือก “ก” และวัสดุคัดเลือก “ข” เพื่อนำไปใช้สำหรับงานก่อสร้างอ่างเก็บน้ำตามโครงการห้วยโสมงอันเนื่องมาจากพระราชดำริที่ผู้ฟ้องคดีกับกรมชลประทานมุ่งจะกระทำขึ้นในภายหลัง โดยสัญญาหลักประกันของดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการกำหนดข้อตกลงของสัญญาตามประกาศประกวดราคาประกอบกับเอกสารประกวดราคาซื้อด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยการอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ออกคำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ที่เป็นข้อตกลงของสัญญา ไม่ว่าจะในเรื่องของการกำหนดคุณสมบัติของกลุ่มสัญญา วิธีการเลือกคู่สัญญา การมีคำสั่งรับคำเสนอราคาของกลุ่มสัญญา การควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา และการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจกำหนด เปลี่ยนแปลง หรือปฏิเสธไม่ยอมรับข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวได้ อันแสดงให้เห็นถึงข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง⁶⁶

กล่าวโดยสรุป สัญญาทางปกครองโดยสภาพเป็นสัญญาที่โดยลักษณะเนื้อหาของสัญญา มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง คือ มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง อันเป็นสัญญาที่อยู่ในแดนกฎหมายมหาชนในตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง⁶⁷

3.1.3.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินการจัดทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีอิสระที่จะทำสัญญากับเอกชนรายใดก็ได้ ซึ่งต่างจากการทำสัญญาทางแพ่งของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ ฝ่ายปกครองจึงถูกจำกัดเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาทางปกครองใน 2 ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา⁶⁸

⁶⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2554

⁶⁷ หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 108-110). เล่มเดิม.

⁶⁸ จาก “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, โดย โภคิน พลกุล, 2547, *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4(1), น. 27-30.

1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

โดยหลักคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหน่วยงานทางปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคล จึงจะสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไป ผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญา มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น เช่น รัฐมนตรี อธิบดี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการทำสัญญาต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในโครงการนั้นซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ยังต้องพิจารณาด้วยว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะทำนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เช่น กรมประมงจะไปทำสัญญาสร้างทางหลวงแผ่นดินกับเอกชนไม่ได้ เป็นต้น แต่ในเรื่องการจัดหาเครื่องมือหรือวัสดุอุปกรณ์สำนักงานต่าง ๆ เช่น โต๊ะ เก้าอี้ คอมพิวเตอร์ ฯลฯ นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในกรอบของการจัดทำบริการสาธารณะของทุกหน่วยงานโดยสภาพ จึงไม่เป็นการทำสัญญานอกวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน และภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา เอกชนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนดสามารถเข้ายื่นข้อเสนอเพื่อเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน

2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญา อย่างเช่นกรณีของเอกชนในสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น มักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ เช่น สำนักนายกรัฐมนตรีได้กำหนดตัวอย่างแบบสัญญาซื้อขายและแบบสัญญาจ้างไว้โดยประกาศเวียนให้หน่วยงานราชการที่จะทำสัญญากับเอกชนยึดถือเป็นแนวทาง สำหรับสถานะทางกฎหมาย ระหว่างสัญญาสำเร็จรูปที่ถูกกำหนดโดยหน่วยงานอื่นที่มีใช้คู่สัญญากับสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดโดยหน่วยงานคู่สัญญา ซึ่งโดยทฤษฎีแล้วจะมีผลแตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่หน่วยงานคู่สัญญาเป็นผู้กำหนดเอง สัญญาจะมีสถานะเป็นสัญญาในลักษณะของสัญญาจำยอมที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือเงื่อนไขของสัญญา มีสิทธิเพียงที่จะรับรู้ข้อความของสัญญาและตัดสินใจว่าจะลงนามเป็นคู่สัญญาหรือไม่เท่านั้น แต่หากสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวถูกกำหนดโดยหน่วยงานกลางเพื่อใช้เป็นแบบมาตรฐานของฝ่ายปกครอง เช่น แบบมาตรฐานดังกล่าวนี้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

3.1.3.3 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองแม้จะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเช่นเดียวกับในสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ หลักกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา

ทางปกครองจึงมีความแตกต่างกับหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่งในบางประการ โดยหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่สำคัญ คือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลายประการ เช่น การบอกเลิกสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ส่วนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะถือสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้หรือไม่ นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 314/2554 โดยวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงด้วยเหตุ 2 ประการ คือ เมื่อคู่สัญญาบรรล่วัตถุประสงค์ตามสัญญา และโดยการบอกเลิกสัญญา ซึ่งในการเลิกสัญญาทางปกครองนั้นไม่ได้อยู่ภายใต้ มาตรา 389 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น หากข้อสัญญาไม่ได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยอ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวได้ และถึงแม้ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนที่จะบอกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลักและคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมก็ตาม แต่หากการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้

3.2 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองแท้จริงแล้ว คือ อำนาจพิเศษของรัฐที่รัฐยังคงสงวนไว้อยู่ แม้ในการทำสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาสองฝ่ายตามหลักของการเกิดขึ้นของสัญญาก็ตาม แต่เมื่อสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงยังต้องมีไว้ซึ่งอำนาจพิเศษ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล โดยเอกสิทธิ์ที่สำคัญของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ได้แก่ เอกสิทธิ์ในการควบคุมและกำหนดทิศทางของสัญญาทางปกครอง เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว และเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะมีผลให้สัญญาสิ้นสุดลง อันจะส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

3.2.1 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส หลักความมีเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานแล้ว ไม่ว่าจะภายในองค์กรของสภาแห่งรัฐหรือนักวิชาการ

โดยเห็นว่า เมื่อฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองมิได้สูญสิ้นไป ซึ่งอำนาจมหาชนที่มีอยู่ ศาสตราจารย์ ลังก์ (LONG) ได้เคยอธิบายไว้ในหนังสือคำสอนเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาสัมปทานว่า “รัฐแสดงออกซึ่งสถานะที่แตกต่างกันสองประการ ต่อความสัมพันธ์ที่มีกับคู่สัญญาของรัฐ โดยบางครั้งมีลักษณะเป็นเจ้าชาย (prince) ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงถึงความเป็นอำนาจเหนือ และบางครั้งมีสถานะเป็นลูกค้ำ (client) ถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะแสดงออกว่าตนมีสถานะเป็นลูกค้ำคนหนึ่งแต่ก็จะมีบางสิ่งที่ปรากฏอันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองนั้นมีลักษณะเป็นเจ้าชาย”⁶⁹

เอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เห็นได้ชัดเจนคือการกำหนดไว้ในข้อสัญญาให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะใช้อำนาจในการออกคำสั่งฝ่ายเดียวบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามบางอย่างเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองในระหว่างที่มีการปฏิบัติตามสัญญา เช่น อำนาจในการสั่งให้คู่สัญญายุติการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการชั่วคราว โดยไม่จำเป็นต้องมีการเตือนล่วงหน้า หรืออาจปรากฏในรูปของการให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแทรกแซงในการดำเนินกิจการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองสงวนสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาเช่าทรัพย์สินที่มีกับเอกชนฝ่ายเดียว หากปรากฏว่าฝ่ายเอกชนไม่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินของตนเอง และฝ่ายปกครองก็อาจสงวนสิทธิในการที่จะเข้าควบคุมบุคลากรของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งในการใช้เอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจทำให้เอกชนคู่สัญญาเกิดความเสียหายหรือสูญเสียประโยชน์บางประการได้

เอกลักษณ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นมิติหนึ่งของเอกลักษณ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพราะการยกเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขสัญญาในส่วนของระยะเวลาตามสัญญา ดังนั้น ฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ก็พื้นฐานเดียวกันกับที่ใช้พิจารณาอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ จะต้องมเหตุการ์ณที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะหรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ดังนั้น การยกเลิกสัญญาที่ขอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นมีความหลากหลายมาก ดังนั้น จึงไม่อาจจะกำหนดเหตุที่ถือว่าเป็นการยกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะได้⁷⁰

⁶⁹ จาก “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”, โดย บุษพา อัครพิมาน, 2547, *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ* เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง, หน้า 160.

⁷⁰ แหล่งเดิม. (น. 181).

ตัวอย่างที่ศาลเห็นว่า การยกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การยกเลิกสัญญาจัดซื้ออาวุธสงคราม เมื่อปรากฏว่าการสงครามได้สิ้นสุดลงแล้ว ซึ่งในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการยกเลิกสัญญาจัดซื้ออาวุธสงครามภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นจำนวนมาก การยกเลิกสัญญาข้างก่อสร้างถาวรวัตถุประสงค์ที่มุ่งเพื่อปรับปรุงการส่งน้ำด้วยเหตุว่า ภายหลังคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เข้าร่วมโครงการปรับปรุงการส่งน้ำทั้งระบบ ดังนั้น สัญญาข้างก่อสร้างดังกล่าวจึงกลายเป็นสิ่งไม่มีประโยชน์ หรือในกรณีที่บริการสาธารณะที่มีอยู่เปลี่ยนแปลงไป หรือนโยบายในเรื่องนั้น ๆ ได้เปลี่ยนแปลงไปก็เป็นเหตุที่ฝ่ายปกครองอาจยกเลิกสัญญาที่ทำไว้ก่อน ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ได้

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยอีกฝ่ายไม่มีความผิดนี้เป็นอำนาจที่ค่อนข้างเด็ดขาด ในการควบคุมของศาลปกครองศาลจะพิจารณาเพียงว่าการยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่เท่านั้น แต่จะไม่เข้าไปตรวจสอบถึง “คุณค่าของเหตุผลนั้น” (*appréciation de la valeur du motif*) กล่าวคือ ศาลจะตรวจสอบเพียงว่าในการยกเลิกสัญญานั้น ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจบนพื้นฐานของเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยไม่พิจารณาถึงขั้นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะจริงหรือไม่ นอกจากนี้ แนวบรรทัดฐานของศาลที่ผ่านมา หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งยกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งยกเลิกสัญญาดังกล่าว แต่ศาลจะพิพากษาให้เอกชนมีสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเท่านั้น⁷¹

แต่อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าวนี้ยังมีข้อยกเว้น รวม 4 กรณี คือ⁷²

1) กรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อความเหมาะสมเฉพาะเรื่องไม่ควรนำหลักนี้มาใช้ ได้แก่ กรณีสัญญาทางปกครองบางประเภทที่คู่สัญญาต้องลงทุนอย่างสูง ซึ่งจำเป็นต้องมีหลักประกันให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการใด ๆ ที่เป็นการกระทบต่อสิทธิตามสัญญา เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หรือสัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ สัญญาสัมปทานเหมืองแร่ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการสร้างหรือจัดหาประโยชน์ที่ต้องลงทุน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรมีหลักประกันเช่นเดียวกับสัญญาสัมปทานดังกล่าว เช่น สัญญาสร้างโรงงานกำจัดขยะ เป็นต้น

⁷¹ แหล่งเดิม. (น. 181-182).

⁷² จาก รายงานการวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (น. 201-203), โดย เอกบุญวงศ์สวัสดิ์กุล และคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2) กรณีที่สภาแห่งรัฐเห็นว่า เอกชนที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาด้วยฝ่ายปกครองไม่ควรได้รับสิทธิน้อยกว่าบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางอื่นกับฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากคำสั่งทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น กรณีของผู้ได้รับสัมปทานให้แสวงประโยชน์ในทางสาธารณะ จะมีสิทธิขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งยกเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกับการที่ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ทางสาธารณะ ซึ่งสามารถขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งยกเลิกการอนุญาตได้

3) กรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเปิดโอกาสให้คู่สัญญาขอให้ศาลสั่งเพิกถอนมาตรการที่เกิดขึ้นจากสัญญาได้ ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลเพื่อเป็นหลักประกันการบริหารงานที่ดีของบริการสาธารณะ เช่น การเพิกถอนคำสั่งของประธานสภาจังหวัดที่ขัดกับข้อสัญญาที่จังหวัดทำกับราชการส่วนกลาง เป็นต้น

4) กรณีที่ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมีลักษณะแตกต่างจากความสัมพันธ์ตามสัญญาทั่วไป กล่าวคือ แม้จะมีรูปแบบเป็นสัญญา แต่สามารถฟ้องเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบ (*l'excès de pouvoir*) ได้ เช่น คดีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาแพทย์แห่งชาติ หรือสัญญาวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดจากการเจรจาต่อรอง (*actes unilatéraux négociés*) มากกว่าสัญญา คดีเกี่ยวกับลูกจ้างหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามสัญญาจ้าง (*agents publics contractuels*) ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ข้าราชการ) สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนการเลิกจ้างได้

นอกจากนี้ยังปรากฏว่าพัฒนาการของศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวโน้มไปในทิศทางที่ศาลปกครองจะใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นการพิพากษาโดยคำนึงถึงเสถียรภาพของสัญญาทางปกครองและการเคารพเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ⁷³ ดังเช่น ในปี ค.ศ. 2011 สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยในคำพิพากษา ลงวันที่ 21 มีนาคม 2011 ในคดี *Commune de Béziers, n° 304806*⁷⁴ ซึ่งมีเนื้อหาว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อคัดค้านคำบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และขอให้ศาลสั่งให้สัญญามีผลบังคับใช้บังคับต่อไปได้ โดยศาลอาจกำหนดวันที่ให้สัญญามีผลบังคับใช้ต่อไป และอาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ หากผู้ฟ้องคดีมีคำขอศาลอาจมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้เลิกสัญญาฝ่ายเดียวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนได้

⁷³ จาก “การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (*le nouveau juge du contrat*) (ถอดความจาก *le “nouveau juge du contrat”* โดย Héleène Hoepffner), โดย นวรดพร สัตยรักษ์, สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 9-10.

⁷⁴ จาก “สิทธิของคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในการฟ้องโต้แย้งการยกเลิกสัญญาทางปกครอง”, โดย ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, 2545, *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 12(2), น. 1-7.

3.2.1.1 เหตุและแหล่งที่มาในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เหตุในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยหลัก คือเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ได้วินิจฉัยเหตุที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ ยกตัวอย่างเช่น เหตุที่เกิดจากการที่ผู้รับสัมปทานละทิ้งงาน กรณีมีการจัดระบบบริการสาธารณะใหม่ หรือกรณีเกี่ยวกับเรื่องการเงิน เช่น มีการเลิกสัญญาเนื่องจากผู้อยู่อาศัยในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ปฏิเสธที่จะจ่ายภาษีบางอย่างที่รัฐเรียกเก็บเพิ่มเติม เป็นต้น นอกจากนี้ อาจมีบางกรณีที่มีเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและความไม่ชอบด้วยกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน กล่าวคือสืบเนื่องจากการที่ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างหากจากสัญญา ซึ่งอาจส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะได้หากนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดสัญญา ฝ่ายปกครองก็สามารถที่จะเลิกสัญญาได้ด้วยเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะโดยอ้างถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญา นอกจากนี้ ศาลปกครองได้เคยวินิจฉัยกรณีการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะว่าสามารถทำได้ด้วยเหตุผลที่เกิดจากการร่างสัญญาที่ไม่เป็นไปตามแบบ (*irrégularités de rédaction*) ที่กฎหมายกำหนด⁷⁵

กรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ประสบปัญหา รัฐมักจะมีการ “ซื้อคืน” (*rachat*) สัมปทาน โดยมีค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้รับสัมปทาน ซึ่งนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าเนื่องจากรัฐสามารถซื้อคืนสัมปทานได้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงไม่มีอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้⁷⁶ ซึ่งต่อมาศาลปกครอง รวมทั้งศาลคดีขัดกัน (*Tribunal des conflits*) ได้วางแนวทางยอมรับการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาสัมปทาน โดยพิจารณาพิพากษาถึงการเลิกสัญญาและการซื้อคืนสัมปทานว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในสัญญาสัมปทานได้

สัญญาเช่าระยะยาว (*bail emphytéotique*) เป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่มาตรา L 1311-2 แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่นกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถให้เอกชนเช่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่อยู่ภายในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งการทำสัญญาเช่าระยะยาว ฝ่ายปกครองไม่น่าที่จะมีสิทธิเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก่อนสัญญาครบกำหนดสัญญาได้เพราะผู้รับสัญญาจะมีสิทธิตามกฎหมายที่จะเช่าสาธารณสมบัติ

⁷⁵ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 454). เล่มเดิม.

⁷⁶ From *Les concessions de service public* (p.172), by Dufau, J, 1979, Paris: édition Le Moniteur. (อ้างถึงในสัญญาทางปกครอง (ก) (น. 452-453). เล่มเดิม).

ของแผ่นดินในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองได้มีคำพิพากษายอมรับว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาได้ แต่จะต้องเป็นการเลิกสัญญาทางปกครองด้วยเหตุที่มีการกระทำผิด (résiliation pour faute)⁷⁷

แหล่งที่มาของการใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นมีแหล่งที่มาในลักษณะเดียวกับเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะป็นกรณีที่มีบทกฎหมายกำหนดไว้ หรือมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา สำหรับกรณีที่ไม่มีกำหนดไว้ทั้งในข้อกฎหมายและข้อสัญญานั้น ยังคงมีข้อถกเถียงกันในทางวิชาการอยู่ ซึ่งในปี 1958 คดี Distilleris de Magnae – Laval สภาแห่งรัฐได้เขียนคำพิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า “ไม่ว่ากรณีใดก็ตามถือว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลในการยกเลิกสัญญาจัดซื้อพัสดุพิพาทภายใต้เงื่อนไขสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้เดือดร้อนเสียหาย โดยอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง”⁷⁸ แม้จะเป็นที่ยอมรับกันโดยส่วนใหญ่ว่า อำนาจการยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่รัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น หลักการพื้นฐานที่สนับสนุนข้อความคิดนี้ คือ ฝ่ายปกครองไม่ควรจะต้องผูกพันอยู่กับสัญญาที่วัตถุประสงค์ของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่มีความประโยชน์อีกต่อไป หรือผูกพันกับข้อสัญญาที่ล้าสมัยไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของสาธารณชนได้ ดังนั้น บ่อเกิดหรือที่มาที่แท้จริงของอำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็คือ ข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (intérêt public) หรือประโยชน์ส่วนรวม (intérêt général)⁷⁹ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้เคยตัดสินโดยอ้างหลักดังกล่าวในคดี Commune de Mions ในปี 1964 ว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำเพื่อบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญานั้นเสียได้ หากเห็นว่าการยกเลิกเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม” ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมนี้จึงเป็นข้อความคิดที่ควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของฝ่ายปกครองในทุกประเภทแม้แต่การใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง⁸⁰

3.2.1.2 วิธีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ในกรณีที่มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ในข้อสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องการที่จะเลิกสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้อง

⁷⁷ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 452-453). เล่มเดิม.

⁷⁸ ผลของสัญญาทางปกครองในระบอบกฎหมายฝรั่งเศส (น. 171). เล่มเดิม.

⁷⁹ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 451). เล่มเดิม.

⁸⁰ ผลของสัญญาทางปกครองในระบอบกฎหมายฝรั่งเศส (น. 170). เล่มเดิม.

ดำเนินการภายใต้เงื่อนไขเดียวกับการทำสัญญาทุกประการ กล่าวคือ หากการทำสัญญาทางปกครองนั้นต้องผ่านความเห็นชอบจากองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่กำกับดูแล ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก่อนเช่นกัน⁸¹

3.2.1.3 การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁸²

หลักการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นส่วนหนึ่งของผลทางกฎหมายของทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (théorie du fait du prince) ซึ่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะชดเชยเต็มจำนวน โดยศาลปกครองยืนยันมาตลอดว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ก็ต่อเมื่อได้ชดเชยให้แก่คู่สัญญาสำหรับประโยชน์ทุกอย่างที่ควรจะได้รับจากสัญญาแล้วเท่านั้น สำหรับจำนวนค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้น หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans)

ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) คือค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายจริงที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้นอันมีผลจากการกระทำของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงนอกจากจะหมายถึงค่าเสียหายที่เป็นรูปธรรม (préjudice matériel) แล้ว ยังรวมถึงค่าเสียหายทางจิตใจ (préjudice moral) ด้วย

ค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans) หมายถึง เฉพาะกำไรโดยชอบ (bénéfice légitime) เท่านั้น ซึ่งคือกำไรที่คู่สัญญาควรได้รับตามปกติ อย่งไรก็ดี แม้การชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายในกำไรนี้จะถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในบางกรณีศาลกลับตัดสินไว้ในแนวทางตรงกันข้าม คือ ชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น เช่น กรณีการใช้อำนาจยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ภายหลังจากการส่งกรมหรือสถานการณ์ไม่สงบอื่น ๆ รัฐต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งเฉพาะความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดกำไรด้วย นอกจากนี้ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้เต็มจำนวนความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายทั้งปวงเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยให้เพียงส่วนที่ตนกระทำเท่านั้น

การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องแสดงให้เห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากผู้ฟ้องคดี

⁸¹ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 453). เล่มเดิม.

⁸² ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (น. 188-189). เล่มเดิม.

ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าภาวะที่ตนต้องรับเพิ่มขึ้นหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงของการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ศาลก็ไม่อาจสั่งให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

3.2.2 เอกสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในประเทศเยอรมัน ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์และมีอำนาจบังคับการตามสัญญาได้เองในหลาย ๆ เรื่อง โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องต่อศาลเพื่อให้บังคับตามสัญญา แต่ในระบบสัญญาของประเทศเยอรมันนั้นมุ่งไปยังการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับเอกชน ระบบกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดว่าสัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน ฝ่ายรัฐมิได้มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญา การบังคับตามสัญญาคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบังคับได้เองก็ต่อเมื่อเอกชนคู่สัญญาได้ให้ความยินยอมไว้ หากไม่มีการให้ความยินยอมไว้ดังกล่าว การบังคับตามสัญญาจะต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งต่างจากกรณีคำสั่งทางปกครองที่หากผู้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตาม ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะบังคับตามคำสั่งได้แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยกำหนดให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นว่าเป็นกรณีที่จะเกิดภัยอันตรายร้ายแรงต่อสาธารณะ ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ ซึ่งเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น⁸³

3.2.2.1 เหตุและแหล่งที่มาในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติถึงเหตุในการเลิกสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 60 ซึ่งรวมถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา โดยกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติเหตุในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงและการเลิกสัญญาทางปกครอง แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก กรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลง แก้ไข และการเลิกสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุอันเนื่องมาจากการที่ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมาย ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระสำคัญของสัญญาทางปกครองนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากภายหลังจากที่สัญญาทางปกครองเกิดขึ้น และกรณีที่สองกรณีการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG ซึ่งเป็นการเลิกสัญญา

⁸³ จาก *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (น. 291-295), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์.

ทางปกครองเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อขจัดผลเสียอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นต่อส่วนรวม⁸⁴ อันมีลักษณะเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว⁸⁵

การเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG เป็นการบอกเลิกสัญญาทางปกครองซึ่งกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจใช้สิทธิตามบทบัญญัตินี้ได้ โดยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เป็นเหตุในการเลิกสัญญาทางปกครองกรณีนี้ อาจจะเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่มีมาก่อนที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาทางปกครองก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในภายหลังสัญญาทางปกครองและการใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้ดุลพินิจเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ

แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG จะบัญญัติเฉพาะการเลิกสัญญาทางปกครอง โดยไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ที่บัญญัติไว้ทั้งกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการเลิกสัญญาทางปกครองเมื่อเกิดเหตุเปลี่ยนแปลงไปภายหลังการจัดทำสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุผลตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG นี้ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นการเหมาะสมและเพียงพอและมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาและมีความสมเหตุสมผลมากกว่าการเลิกสัญญาทางปกครองตามหลักความได้สัดส่วน⁸⁶

หลักกฎหมายซึ่งอยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG คือ หลักการให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Schutz des Gemeinwohls) หรือการบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายมหาชน⁸⁷

⁸⁴ รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 146-147). เล่มเดิม.

⁸⁵ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 26-33), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.

⁸⁶ แหล่งเดิม.

⁸⁷ แหล่งเดิม.

3.2.2.2 วิธีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

การเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวตามมาตรา 60 (1) และประโยคที่สอง VwVfG นั้นเป็นการแสดงเจตนาซึ่งจำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา⁸⁸ และหากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นจะต้องทำเป็นหนังสือ การบอกเลิกสัญญาทางปกครองด้วยวาจาไม่ผลทำให้การเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ได้มีการจัดทำเป็นหนังสือในภายหลัง การเลิกสัญญาทางปกครองจะมีผลสมบูรณ์เมื่อการบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็นหนังสือนั้นได้ไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยจะระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วยก็ได้

3.2.2.3 การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

บทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง⁸⁹ VwVfG มาใช้บังคับได้โดยอนุโลม ซึ่งอาจเทียบได้กับมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของประเทศไทย กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการเลิกสัญญาทางปกครองมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้ แต่ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ไม่ได้บัญญัติถึงผลภายหลังของการเลิกสัญญาทางปกครอง เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยให้เรื่องการชดเชยความเสียหายเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาในแต่ละกรณี ๆ ไป อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า เนื่องจากการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะ

⁸⁸ รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 146-147). เล่มเดิม.

⁸⁹ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG)

มาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง

“ในกรณีที่มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ตาม (2) เลขที่ 3 ถึงเลขที่ 5 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เมื่อผู้ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นยื่นคำร้องขอรับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น” อ้างถึงใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 31). เล่มเดิม.

เกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVG นี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องว่าเป็น การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ ดังนั้น การจ่ายค่าทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหายในกรณีนี้ จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทน ในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามนัยบทบัญญัติมาตรา 14 และมาตรา 2 (2) ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) มาใช้บังคับ⁹⁰

3.2.3 เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในประเทศไทย

เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐหรืออำนาจมหาชนที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีเหนือสัญญา ฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะในระบบกฎหมายของประเทศใดก็ตามแต่มีไว้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำ บริการสาธารณะอันเป็นประโยชน์ของส่วนรวม เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐที่สำคัญ ได้แก่ เอกสิทธิ์ในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญา เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว และเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

3.2.3.1 พัฒนาการหลักกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญา ทางปกครองฝ่ายเดียว

หลักกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ หรืออำนาจมหาชนของกลุ่มสัญญา ฝ่ายรัฐที่มีเหนือสัญญาฝ่ายเอกชนเป็นหลักกฎหมายที่มีมานานแล้ว โดยอาจปรากฏในกฎหมาย ฉบับต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พระพุทธศักราช 2464 ซึ่งประกาศใช้ในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) โดยห้ามมิให้สร้าง รถไฟรายจรขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะให้มีประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาต เป็นพิเศษ ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขของผู้รับใบอนุญาตไว้ และรัฐบาล มีเอกสิทธิ์ คือ มีอำนาจเข้าปกครองยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตได้ แต่จะต้องเป็นไป ตามหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาต และถ้าไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองรถไฟได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งภายหลังวันที่ได้พระราชทาน พระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี⁹¹ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกสัญญากับกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นการกำหนดไว้ในบทบัญญัติ ของกฎหมาย หรือกรณีอาจมีการกำหนดเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐไว้ในข้อสัญญาของสัญญา ทางปกครอง ซึ่งโดยปกติลักษณะของข้อกำหนดดังกล่าวหากกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งธรรมดา

⁹⁰ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 31-32). เล่มเดิม.

⁹¹ จาก สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 110-112), โดย สุรพงษ์ กลั่นประษา, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อาจทำให้ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน

การให้เอกสิทธิ์แก่รัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดตามสัญญา ถือเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ เนื่องจากสัญญาทางปกครอง เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ หากวัตถุประสงค์ตามสัญญา ทางปกครองนั้นไม่ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล หรือการดำเนินการตามสัญญา ทางปกครองต่อไปจะเป็นการสร้างความเสี่ยงอย่างร้ายแรงต่อประเทศชาติ หรือต่อทรัพยากร สิ่งแวดล้อม หากรัฐไม่สามารถยกเหตุเหล่านี้ในการเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดได้ การดำเนินการตามสัญญาทางปกครองต่อไป ย่อมจะนำมาซึ่งความเสียหายต่อประโยชน์มหาชน ตัวอย่างเช่นในอดีตเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2511 รัฐบาลไทยได้มีการให้สัมปทานในการสำรวจ และขุดแร่ในทะเลไทยให้กับบริษัทต่างชาติ ชื่อบริษัทเทมโก (TEMCO) ซึ่งสร้างความเสียหาย ต่อทรัพยากรธรรมชาติและนำมาซึ่งการชุมนุมคัดค้านสัมปทานดังกล่าว จนในที่สุดประมาณ ปี พ.ศ. 2519 รัฐบาลจึงต้องสั่งยกเลิกสัมปทานของบริษัทเทมโก⁹² ซึ่งในเวลานั้นหากรัฐบาล ไม่ตัดสินใจยกเลิกสัมปทานดังกล่าวอาจสร้างความเสียหายทั้งต่อทรัพยากรธรรมชาติและ อาจก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นของสังคมในขณะนั้น

3.2.3.2 แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนี้ แนวทางในการ ควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองที่ผ่านมา ศาลปกครองจะพิจารณาว่า การใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญา ฝ่ายรัฐนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และหากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลจะ ไม่พิจารณาพิพากษาให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวดังกล่าว โดยเห็นว่าศาลไม่มี อำนาจในการกำหนดคำสั่งบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลจะเพียงพิจารณาพิพากษาให้เอกชนกลุ่มสัญญาได้รับการชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 690/2552 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้าง ก่อสร้างอาคารเอนกประสงค์เป็นกรณีที่ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามข้อสัญญา ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ ของผู้ถูกฟ้องคดี และการที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสืออุทธรณ์แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉยไม่แจ้งผลการพิจารณา

⁹² จาก *ชาติกำเนิดไทยชาร์กธุรกิจที่เปื้อนสีสันของเทพนิยาย* (นิตยสารผู้จัดการ). สืบค้น 9 ตุลาคม 2558, จาก <http://info.gotomanager.com/news/printnews.aspx?id=8592>

ถือได้ว่าเป็นการไม่อนุวัติหรือปฏิเสธคำขอของผู้ฟ้องคดี อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา มิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในลักษณะของคำสั่งทางปกครอง และการที่ศาลจะกำหนดคำสั่งบังคับให้ยกเลิกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่บอกเลิกสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดี และสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการก่อสร้างต่อไปจนแล้วเสร็จนั้น เป็นคำขอที่ขัดต่อข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของผู้ถูกฟ้องคดี ศาลปกครองไม่อาจมีคำสั่งดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 168/2553 การบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น เป็นการใช้สิทธิฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มีผลทำให้สัญญาจ้างต้องสิ้นสุดลง เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ยกเลิกการบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดี ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำงานก่อสร้างอาคารต่อไป ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดี มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ศาลจะพิพากษา หรือมีคำสั่งให้เพิกถอนการบอกเลิกสัญญา หรือสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่โดยออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าทำงานก่อสร้างต่อไปได้ ศาลจึงไม่อาจกำหนดคำสั่งดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 621/2556 การบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการใช้สิทธิตามที่กำหนดในสัญญาจ้างก่อสร้าง และเป็นการใช้สิทธิฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครอง ที่อยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงมิใช่การออกคำสั่งทางปกครอง และผู้ฟ้องคดีไม่อาจฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาจ้างได้ หากเห็นว่าการบอกเลิกสัญญาไม่ชอบก็ลงได้แต่เพียงฟ้องเรียกค่าเสียหายเท่านั้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 888/2556 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานสอนที่คณะศิลปประยุกต์และการออกแบบ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีให้ยุติการปฏิบัติงานดังกล่าวและให้จ่ายเงินทดแทนการปฏิบัติงาน นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามนั้น เป็นกรณีอันเกิดจากการจ้างงานซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทำการสอนหนังสือ อันมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แจ้งให้ผู้ฟ้องคดียุติการปฏิบัติงานตามที่ได้รับมอบหมาย จึงถือเป็นการบอกเลิกสัญญา อันเป็นการใช้สิทธิฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีผลทำให้สัญญาจ้างต้องสิ้นสุดลง จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ศาลจะพิพากษา หรือมีคำสั่งให้เพิกถอนหรือสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 บรรจุแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานได้

คำขอดังกล่าวศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดมีแนวทางการพิจารณาพิพากษาว่า การเลิกสัญญาทางปกครองมิใช่การออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลจะเพิกถอนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาซึ่งศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงขอแต่จะฟ้องขอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีคำพิพากษาในคดีที่ อ. 641/2554 โดยศาลได้วินิจฉัยว่า สัญญารับทุนระหว่างผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เทศบาลตำบลพรหมโลก) กำหนดว่า ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีรับทุนการศึกษา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีทางจะสำเร็จการศึกษาในเวลาที่กำหนด หรือมีเหตุอันไม่ควรที่จะให้ผู้ฟ้องคดีคงอยู่ศึกษาต่อไปไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจสั่งให้ยุติหรือเลิกการศึกษาก็ได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกเทศมนตรีตำบลพรหมโลก) ได้มีหนังสือแจ้งยกเลิกสัญญารับทุนการศึกษาดังกล่าว โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีมีความประพฤติไม่เรียบร้อยและไม่ช่วยเหลือกิจการเทศบาลเหมือนเดิม และมีพฤติการณ์ดื้อมสุรานั้น เป็นกรณีเกี่ยวกับความประพฤติส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีอันเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลทั้งสิ้น มิใช่ความประพฤติเกี่ยวกับการปฏิบัติอันแสดงให้เห็นว่า หากประพฤติหรือปฏิบัติดังกล่าวจะมีผลทำให้การศึกษาของผู้ฟ้องคดีไม่สำเร็จการศึกษาตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในสัญญาแต่อย่างใด เหตุผลดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขแห่งสัญญาในการให้ทุนการศึกษา อีกทั้งมหาวิทยาลัยราชภัฏนครศรีธรรมราชซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยที่ผู้ฟ้องคดีได้ไปศึกษา ยังได้มีหนังสือรับรองความประพฤติของผู้ฟ้องคดี ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีความประพฤติเรียบร้อย และการเรียนดี จึงเห็นได้ว่า ตามข้อกล่าวอ้างของผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีเหตุที่จะทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สำเร็จการศึกษาในเวลาที่กำหนดแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยกเลิกสัญญารับทุนการศึกษาของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลและไม่มีน้ำหนักเพียงพอ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่แจ้งยกเลิกสัญญาให้ทุนการศึกษาของผู้ฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและเงื่อนไขแห่งสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีหนังสือแจ้งการยกเลิกสัญญาจึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา มิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองและผู้ฟ้องคดีมิได้ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยเงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน แต่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครอง

มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือแจ้งการบอกเลิกสัญญาที่พิพาท กรณีจึงเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของสัญญาต่อไป ศาลปกครองจึงมีอำนาจกำหนดคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น จึงมีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 641/2554 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นว่า ตามคำขอบังคับของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ขอให้ศาลเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ถือเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของสัญญาต่อไป ศาลจึงมีอำนาจกำหนดคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีดังกล่าวจึงเป็นการพิจารณาที่มีแนวทางที่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังที่กล่าวมาข้างต้น

3.2.3.3 เปรียบเทียบการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง

ในปัจจุบัน ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ในการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงต้องนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงหลักการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง โดยจะเห็นได้ว่าศาลปกครองได้มีการนำหลักเกณฑ์การเลิกสัญญาในสัญญาทางแพ่งมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

1) การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง

การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งนั้นเป็นไปตามหลักสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ซึ่งโดยมากสิทธิในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวมักจะเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำผิดหน้าที่ หรือผิดสัญญา จึงเป็นเหตุให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ซึ่งจะต้องปรากฏเหตุและที่มาของการเลิกสัญญา รวมถึงมีการดำเนินการตามวิธีการขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือข้อกำหนด ดังนี้

1.1 เหตุและแหล่งที่มาของสิทธิในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

การเลิกสัญญาทางแพ่งของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาต้องมีสิทธิ ซึ่งอาจเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามข้อสัญญา หรือตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 386 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁹³ ซึ่งถ้าหากไม่มีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวแล้ว ก็จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ มิใช่ว่าจะเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ⁹⁴

1.1.1 สิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมาย

สิทธิในการเลิกสัญญาทางแพ่งฝ่ายเดียวตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แยกเป็น สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติทั่วไป และสิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติเฉพาะ⁹⁵

สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติทั่วไปตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่

สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้⁹⁶ สิทธิเลิกสัญญากรณีนี้สามารถใช้ได้ทั้งกับการชำระหนี้ที่มีกำหนดเวลา แต่เวลาในการชำระหนี้นั้นมีใช้สาระสำคัญโดยเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาทันทียังไม่ได้ เจ้าหนี้จะต้องกำหนดเวลาตามสมควร แล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา นั้น หากลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้อีก เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญา และอีกกรณี คือ กรณีการชำระหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งกรณีนี้หากเจ้าหนี้ได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาทันทียังไม่ได้ เจ้าหนี้จะต้องกำหนดเวลาตามสมควรระยะหนึ่งแล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา นั้นก่อน หากลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญา โดยการไม่ชำระหนี้นี้หมายถึงทั้งการไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิงหรือบางส่วน และไม่จำเป็นต้องเป็นหนี้ประธานหรือหนี้อุปกรณ์ เช่น ดอกเบี้ย เป็นต้น⁹⁷

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 386 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา หรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำได้ด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

ฯลฯ

ฯลฯ

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5876/2541

⁹⁵ จาก คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 452-453), โดย ศนันท์ทกรณ (เจ้าปี) โสคติพันธ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 387.

⁹⁷ จาก หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น. 289-290), โดย จี๊ด เศรษฐบุตร, 2556, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ตามเวลาในกรณีเป็นเวลาเป็นสาระสำคัญ⁹⁸ การที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้โดยไม่ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนนั้น จะต้องเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามเวลาเป็นสาระสำคัญ โดยพิจารณาจากสภาพของการชำระหนี้ที่ตนเองหรือโดยเจตนาของคู่สัญญา และการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวนี้ มิได้หมายความว่าไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญา แต่หมายความว่าเจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดเวลาแล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนเท่านั้น แต่หากคู่สัญญาต้องการให้สัญญาเลิกกันคู่สัญญายังคงต้องใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา มิได้หมายความว่าสัญญาเลิกกันโดยอัตโนมัติ

สิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้⁹⁹ การชำระหนี้พ้นวิสัย หมายถึงการชำระหนี้ตามสัญญานั้น ไม่อยู่ในวิสัยที่จะทำได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ที่สำคัญการชำระหนี้ที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำได้นี้ต้องเป็นความผิดของลูกหนี้เท่านั้น ดังนั้น หากการชำระหนี้พ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ไม่ได้ แต่โทษเจ้าหนี้ได้ หรือเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้

สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติเฉพาะตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยกตัวอย่างเช่น¹⁰⁰

กรณีสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าในสภาพที่ไม่เหมาะแก่การใช้ประโยชน์¹⁰¹ หรือเมื่อผู้ให้เช่าไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่เช่าให้คืนสภาพในเวลาอันสมควร¹⁰² กรณีผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้เช่าฝ่าฝืนหน้าที่โดยนำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่า¹⁰³

กรณีสัญญาเช่าซื้อ เมื่อผู้เช่าไม่ชำระเงินสองงวดติด ๆ กัน หรือผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ ผู้ให้เช่าซื้อมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹⁰⁴

กรณีสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อมีการโอนสิทธิของนายจ้างหรือโอนหน้าที่ของลูกจ้างโดยอีกฝ่ายไม่ยินยอม ผู้ไม่ฝ่าฝืนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹⁰⁵ และกรณีเมื่อลูกจ้างไร้ฝีมือทั้งที่แสดงว่ามีฝีมือ นายจ้างบอกเลิกจ้างได้¹⁰⁶

⁹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 388.

⁹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 389.

¹⁰⁰ คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 465-466). เล่มเดิม.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 548.

¹⁰² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 541.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 554.

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 574.

กรณีสัญญาขี้ม ผู้ให้ขี้มบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้ขี้มฝ่าฝืนหน้าที่ในการใช้ทรัพย์สิน หรือไม่สงวนรักษาทรัพย์สิน¹⁰⁷ เป็นต้น

ในการเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิจะต้องใช้สิทธินั้นด้วย สัญญาจึงจะถือว่า เลิกกัน ซึ่งการใช้สิทธินี้ทำโดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าต้องการจะเลิกสัญญา ซึ่งการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญานั้นเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง จึงยอมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนาอันจะมีผลเป็นการบอกเลิกสัญญาที่ต่อเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา เหตุที่ต้องมีการใช้สิทธิเพื่อบอกเลิกสัญญานั้น เนื่องจากบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ ในการเลิกสัญญา มักจะใช้ถ้อยคำว่า “จะเลิกสัญญาเสียได้” แสดงว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิ จะไม่เลิกสัญญาก็ได้ แล้วแต่จะพิจารณาว่าจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นยังพอที่จะรักษาความสัมพันธ์ต่อไป ได้หรือไม่ ซึ่งจะเห็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลัง คือ หลักการรักษาสัญญา (principio di conservazione del contratto) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งจะเปิดโอกาสให้คู่สัญญารักษาสัญญา หรือนิติสัมพันธ์ที่ได้สร้างขึ้นเอาไว้ให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ โดยไม่ต้องการให้สัญญาเลิกกันไป โดยง่าย อันจะส่งผลให้เกิดการสูญเสียในทางเศรษฐกิจ¹⁰⁸

1.1.2 สิทธิตามข้อสัญญา

สิทธิการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้นเป็นการรับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ของคู่สัญญาว่า คู่สัญญาจะระบุนว่ากรณีใดบ้างที่ทำให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญากันก็ได้ ครอบคลุมที่ ข้อตกลงดังกล่าวไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน¹⁰⁹ ซึ่งสิทธิเลิกสัญญานี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญาเดิม จะทำสัญญากันใหม่ ภายหลังก็ได้ และสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้อาจกำหนดไว้สำหรับกรณีการผิดสัญญา แม้เพียงเล็กน้อยก็ได้

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 577.

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 578.

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 645.

¹⁰⁸ คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 467-468). เล่มเดิม.

¹⁰⁹ จาก *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (น. 101), โดย สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

1.2 ผลทางกฎหมายและการชดเชยค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

ตามมาตรา 391 บัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำไว้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดเชยคืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

ในการทำสัญญาคู่สัญญาได้รับอะไรจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าได้รับทรัพย์สินก็ต้องคืนทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ได้รับมาหรือมีการโอนให้กัน เมื่อมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยที่จะคืนให้กันก็ให้ชดเชยค่าเสียหายให้กัน¹¹⁰

กรณีการให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะดังเดิมก่อนที่จะทำสัญญา เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาส่งผลให้สัญญาระงับย้อนหลังไปตั้งแต่วันทำสัญญา ฐานที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป กฎหมายจึงกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการคืนสิ่งที่แต่ละฝ่ายได้รับไว้ให้กับอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด ถ้าได้รับทรัพย์สินก็ต้องคืนทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ได้รับมาหรือมีการโอนให้กัน เมื่อมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยที่จะคืนให้กันก็ให้ชดเชยค่าเสียหาย¹¹¹ ในกรณีที่เป็นการคืนเงินต้องคืนพร้อมดอกเบี้ยโดยคิดตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่หากในสัญญามีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าในอัตราสูงกว่านั้นอาจกลายเป็นเรื่องเบียดเบียน สำหรับการทำงานที่ทำไปแล้วซึ่งหากเป็นกรณีที่โดยสภาพไม่อาจคืนให้แก่กันได้ หรือไม่อาจทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ต้องใช้เป็นเงินให้แทน และรวมถึงกรณีถ้าการใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นเรื่องที่ใช้ไปแล้ว ทำให้กลับคืนกันไม่ได้ ก็ต้องจ่ายเงินให้แทนในอัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญาเช่นกัน

การบอกเลิกสัญญาไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน

¹¹⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 342-348), โดย อัครวิทย์ สุมาวงศ์, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

¹¹¹ แหล่งเดิม

เพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม การเลิกสัญญาไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกเอาค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น ซึ่งรวมถึงมัดจำหรือเบี้ยปรับที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเอาจากลูกหนี้จากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้¹¹²

กรณีสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นระยะ เมื่อมีการใช้สิทธิเลิกสัญญา จะไม่มีผลย้อนหลังให้กลับสู่ฐานะเดิม แต่จะมีผลเป็นการเลิกนิติสัมพันธ์สำหรับอนาคตเท่านั้น สิ่งใดที่ได้เคยให้หรือชำระหนี้กันในอดีตก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น สัญญาเช่าทรัพย์สินที่ชำระค่าเช่าเป็นรายเดือน ซึ่งค่าเช่าดังกล่าวเป็นการให้ตอบแทนการได้ใช้ทรัพย์สินซึ่งได้ใช้ไปแล้ว ดังนั้น การบอกเลิกสัญญาจึงมีผลไปข้างหน้า ไม่มีผลย้อนหลัง เพราะหากกำหนดให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมอาจทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบขึ้นได้

การเลิกสัญญาไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอก เนื่องจากก่อนที่จะมีการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น นิติสัมพันธ์ตามสัญญายังมีอยู่โดยสมบูรณ์ทุกประการ หากใครได้อะไรไปจากสัญญาก็ถือว่าได้ไปโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย และสามารถอาศัยอำนาจตามกฎหมายโอนต่อไปยังบุคคลภายนอกได้ บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนไปก็ถือว่าได้ไปโดยมีมูลจะอ้างได้ตามกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น การบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาจึงไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้สิทธิไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วแต่อย่างไร¹¹³

2) การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

2.1 เหตุและแหล่งที่มาของการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้อาจเกิดจากการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา ยิ่งไปกว่านั้น ตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองยังมีการยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวแม้ไม่มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือในข้อสัญญาก็ตาม

2.1.1 เอกสิทธิ์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย

บทกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางปกครอง เช่น

กรณีสัญญาสัมปทานป่าไม้ ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ได้กำหนดให้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานป่าไม้ เพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อน

¹¹² จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (น. 486), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ.

¹¹³ คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 476-477). เล่มเดิม.

ชลประทาน หรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจสั่งการให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่กันสิ้นสุดลงทั้งแปลง หรือให้หยุดทำกิจการที่ได้รับสัมปทานชั่วคราว หรือสั่งตัดพื้นที่สัมปทานได้ตามกฎหมายป่าไม้ ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบังคับต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยที่ฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน¹¹⁴

กรณีตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตรี ได้กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมมีอำนาจเรียกอาชญาบัตรแร่ ประทานบัตรแร่ชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว เมื่อมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทาน ในเขตอาชญาบัตรแร่ หรือประทานบัตรแร่ชั่วคราว ความจำเป็นในการแก้ไขนี้ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในกิจการสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ อันเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานของสัญญาได้เพียงแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน¹¹⁵

กรณีตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 22 ได้กำหนดให้รัฐมีอำนาจเข้ายึดครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนอายุสัมปทานสิ้นอายุได้ เมื่อมีเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

กรณีตามพระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 มาตรา 50 กำหนดว่าเมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายรัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทาน ความจำเป็นนี้ต้องเป็นเหตุการณ์ร้ายแรงหรือเกิดวิกฤตการณ์ของประเทศ กฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายรัฐเพื่อให้การควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิงให้มีเสถียรภาพ เมื่อเกิดมีเหตุการณ์ที่ประชาชนได้รับความเดือดร้อนจากการใช้น้ำมันเชื้อเพลิง โดยรัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม

¹¹⁴ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 106-107). เล่มเดิม.

¹¹⁵ จาก เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 55), โดย อภิชาติ แจ่มบุบล , 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

กรณีตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 53 ซึ่งกำหนดให้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้เพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามความเป็นจริง แต่ไม่เกินจำนวนเงินค่าทดแทนที่กำหนดในสัมปทานในกรณีที่จะต้องจ่ายเงินค่าทดแทน และหากในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนไว้ ให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งเพื่อกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับสัมปทานประกอบด้วย ผู้แทนของผู้รับสัมปทาน ผู้แทนการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ผู้มีความรู้ความชำนาญในการประเมินราคาทรัพย์สินและผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคนเป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัยให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว และการกำหนดเงินค่าทดแทนของคณะกรรมการอาจกำหนดค่าเสียโอกาสให้ด้วยก็ได้

จากการพิจารณาเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า จะเป็นการกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะซึ่งจะมีผลเฉพาะสัญญาทางปกครองบางประเภทเท่านั้น มิได้มีผลครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท

2.1.2 เอกสิทธิ์ตามข้อสัญญา

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐโดยส่วนใหญ่แล้วมักจะปรากฏในข้อสัญญาทางปกครอง ซึ่งอีกนัยหนึ่งการที่ข้อสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนปรากฏเอกสิทธิ์ดังกล่าว ยังทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ แต่ทั้งนี้เอกสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐที่มีการกำหนดไว้ในข้อสัญญาทางปกครอง เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2551 กรณีตามข้อ 3 ของสัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าวตามโครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี ปีการผลิต 2546/2547 ระหว่างผู้ฟ้องคดี (องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร) กับผู้ถูกฟ้องคดี มีข้อกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาโดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ จากผู้ฟ้องคดีทั้งสิ้น กรณีจึงมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีเพื่อให้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 การใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครอง โดยที่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพาศติผิดสัญญานั้น เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการ

ดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว รวมไปถึงการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา ดังนั้น ในการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้ก็ด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ สำหรับเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะลิ่ง เนื่องจากที่ประชุมคณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือท่ามะลิ่ง เห็นว่าค่าตอบแทนที่ผู้ฟ้องคดีให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นอัตราที่ต่ำมาก และไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับบราयได้ที่แท้จริง ทั้งยังมีปัญหาการบริหารจัดการที่ไม่เป็นธรรม ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ตั้งเป้าหมายให้มีจำนวนนักท่องเที่ยวมากขึ้น ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะลิ่งเอง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงที่พิพาทที่เป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว อันเป็นไปตามบันทึกข้อตกลงที่พิพาทข้อ 1.3 (ก) ดังนั้น การแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะลิ่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นไปโดยชอบด้วยบันทึกข้อตกลงที่พิพาทแล้ว และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติดผิดสัญญา

2.1.3 เอกสิทธิ์ที่ไม่มีการกำหนดในบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อสัญญา

โดยลักษณะธรรมชาติของสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชน ซึ่งแม้จะไม่ได้มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในข้อสัญญาก็ตาม กรณีหากมีเหตุจำเป็นสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หรือกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาหมดความจำเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็สามารถใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาคือประโยชน์มหาชนในการปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายปกครองจึงสงวนเอกสิทธิ์บางประการซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชนที่เป็นของรัฐโดยธรรมชาติซึ่งรัฐไม่อาจสละได้ ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้¹¹⁶

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้มีการยอมรับการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยที่ไม่มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายและหรือในข้อสัญญา ยกตัวอย่างเช่น

¹¹⁶ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น.125). เล่มเดิม.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556 การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลคูซวงชัย) ได้มีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างประปาชนบทกับผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ได้นั้น การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญาเพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ เพราะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้จะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญา สัญญาจึงเป็นอันเลิกกัน ตามมาตรา 386 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 707/2554 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เทศบาลเมืองหนองคาย) ได้ว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กและซอยต่าง ๆ ในเขตพื้นที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งตามสัญญากำหนดว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตกลงแบ่งจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นจำนวน 7 งวด โดยจะจ่ายในปีงบประมาณ 2544 ถึงปีงบประมาณ 2550 แต่ปรากฏว่าในขณะที่ทำสัญญาจ้างดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้ตั้งงบประมาณสำหรับดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาดังกล่าวไว้ในเทศบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี 2543 และไม่ได้ตราเทศบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ขออนุมัติก่อนนี้ผูกพันเกินกว่าหนึ่งปีงบประมาณต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้ว่าราชการจังหวัดหนองคาย) เนื่องจากงบประมาณของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในปีงบประมาณไม่เพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้างได้ตามสัญญา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่อนุมัติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี กรณีดังกล่าวแม้สัญญาพิพาทจะมีได้มีข้อกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้าง แต่เมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาถือได้ว่าเป็นปัญหาทางการเงินที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องบริหารจัดการเพื่อให้มีเงินงบประมาณเพียงพอสำหรับการดำเนินกิจการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเห็นได้ว่าการบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ โดยที่ไม่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดไว้นั้น อาจจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเข้าทำสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน¹¹⁷ เมื่อฝ่ายรัฐใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองกับฝ่ายเอกชนโดยที่เอกชนมิได้กระทำผิดสัญญา ทำให้ฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย อาจจะทำให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจจากฝ่ายรัฐ อย่างไรก็ตาม ตามหลักกฎหมายปกครองถือว่า กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ และเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุวัตถุประสงค์¹¹⁸

2.2 การเยียวยาความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

กรณีหากมีการกำหนดหลักการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไว้ในบทกฎหมายเฉพาะหรือในข้อสัญญาทางปกครอง การเยียวยาความเสียหายให้กับเอกชนดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือข้อสัญญานั้น แต่ในกรณีที่ไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไว้เป็นการเฉพาะนั้น จากการศึกษาพบว่า ได้มีการนำหลักการชดเชยค่าเสียหายตามกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าว

แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้มีการนำหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาเยียวยาความเสียหายให้กับกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556 การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลชงชัย) ได้มีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างประปาชนบทกับผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ได้นั้น การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญา เพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ เพราะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้จะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม ส่วนสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาหลังการบอกเลิกสัญญา ซึ่งตามสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ก่อสร้างประปาชนบท และผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่จ่ายเงินค่าก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เตรียมการก่อสร้างไปบางส่วนแล้ว ซึ่งการเตรียมการก่อสร้างดังกล่าวถือเป็นการงานที่ผู้ฟ้องคดีทำให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญา

¹¹⁷ เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง (น. 84-85). เล่มเดิม.

¹¹⁸ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 229). เล่มเดิม.

ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการใช้เงินตามค่าแห่งการงานของผู้ฟ้องคดี เมื่อคำซื้อเอกสารประกวดราคาและค่าเดินทางมาซื้อรูปแบบรายการก่อสร้างนั้นเป็นค่าใช้จ่ายก่อนสัญญาเกิดขึ้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้ ส่วนค่าคำนวณแบบและตรวจสอบชั้นดินนั้น เป็นค่าใช้จ่ายจากการงานที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องใช้เงินค่าการงานดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับค่าเสียหายจากการที่ผู้ฟ้องคดีถูกบริษัท พ. ธิบเงินมัดจำค่าตั้งซื้อวัสดุก่อสร้างนั้น เห็นว่า เมื่อมีการทำสัญญาผู้ฟ้องคดีก็ต้องมีการเตรียมการตั้งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างรอไว้เพื่อทำการก่อสร้าง แม้สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบริษัท พ. จะเป็นการทำขึ้นหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้สั่งหยุดงานไปแล้ว แต่สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังคงอยู่มิได้เลิกกัน ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีหยุดงานและรอเข้าไปทำงานนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีไปตั้งซื้อวัสดุก่อสร้างรอไว้เพื่อเตรียมการก่อสร้าง จึงเป็นการกระทำตามปกติของบุคคลที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีเงินไปชำระค่าตั้งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้าง และทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกริบเงินมัดจำตามสัญญาซื้อขายดังกล่าว การบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 391 วรรคสี่ ประกอบมาตรา 222 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากยกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติดังสัญญา ประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าได้ลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดซื้อวัสดุครุภัณฑ์ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการ เมื่อได้มีการเลิกสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาจึงกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมมิสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์ เครื่องมือ เครื่องใช้ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายในคำฟ้องว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีรายการใดบ้าง หรือคิดค่าเสียหาย ในส่วนนี้เป็นจำนวนเงินเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงมีอาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

จากการพิจารณาเปรียบเทียบสิทธิการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่งและการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างในสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) สิทธิในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่าย มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ หากปรากฏว่ามีเหตุตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองนั้นเป็นเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ แต่เพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจอ้างความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้

2) สิทธิการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่งมักจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ตามสัญญา แต่ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีได้กระทำผิดสัญญา

3) สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่งต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือข้อสัญญากำหนดรับรองไว้ แต่เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือข้อสัญญากำหนดไว้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีเอกสิทธิ์ดังกล่าวโดยถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐตามหลักกฎหมายทั่วไป

4) ตามหลักการชดเชยค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องเป็นฝ่ายชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญา แต่ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น แม้จะถือว่าคุณสัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์โดยชอบในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยไม่ถือเป็นการผิดสัญญาก็ตาม แต่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำต้องชดเชยความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน