

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ  
ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

สุพันธ์ ธรรมศรีรักษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2559

**Legal Problems concerning The Privilege of a Government Party  
to rescind The Administrative Contract**

**Sunan Thammasriruk**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2016**

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว
ชื่อผู้เขียน	สุนันท์ ธรรมศรีรักษ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2558

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว โดยมุ่งศึกษาในเรื่องปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว โดยที่ไม่มีมติบัญญัติของกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดไว้ และปัญหาการไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ รวมถึงศึกษาปัญหาแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง กรณีเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

จากการศึกษาพบว่า การที่ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยไม่มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยให้มีความครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท ทำให้ในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวโดยที่ไม่มีข้อสัญญาหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับ ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการดำเนินการ ว่าควรจะมีเหตุผลความจำเป็นหรือขอบเขตแค่ไหน เพียงใด และอาจส่งผลกระทบต่อการดำเนินการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่อาจไม่ทันต่อเหตุการณ์ หรือต่อความจำเป็นในการบริการสาธารณะ รวมถึงการไม่มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้เป็นการเฉพาะ อาจส่งผลให้การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นอาจไม่เหมาะสมและเป็นธรรม และอีกด้านหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองนั้น หากศาลมีแนวทางการพิจารณาพิพากษาโดยมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมจะเป็นผลดีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการได้รับ

การเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายได้มากยิ่งขึ้น และยังคงสอดคล้องกับการบริการสาธารณะของรัฐด้วยเช่นกัน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่โดยที่ในปัจจุบันพระราชบัญญัตินี้ได้มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเสนอแนะให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมหมวดที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว โดยบัญญัติรับรองเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวโดยระบุเหตุผล ความจำเป็น รวมถึงรูปแบบวิธีการของการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครอง และรับรองสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีการกำหนดรับรองสิทธิการได้รับการชดเชยความเสียหายในลักษณะที่เป็นทางเลือกนอกจากการฟ้องร้องคดีต่อศาล โดยให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการยื่นคำขอให้ชดเชยความเสียหายในลักษณะเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อให้มีมาตรฐานเท่าเทียมกับกรณีการให้ความคุ้มครองเอกชนที่ถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงเสนอแนะแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยเห็นว่าหากศาลปกครองมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษา โดยกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครอง หรือให้สัญญามีผลบังคับผูกพันกันต่อไป โดยถือว่าเป็นการกำหนดค่าบังคับให้กระทำหรืองดเว้นกระทำทำให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญา ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ย่อมจะเป็นแนวทางการพิจารณาพิพากษาที่จะนำมาซึ่งการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากยิ่งขึ้น และก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง ทั้งยังสอดคล้องกับสภาพของข้อพิพาท ซึ่งในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียกร้องที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป อันเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่เอกชนคู่สัญญามุ่งประสงค์มากกว่าการได้รับการชดเชยความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

Thesis Title	Legal Problems concerning The Privilege of a Government Party to rescind The Administrative Contract
Author	Sunan Thammasriruk
Thesis Advisor	Professor Dr.Phaisith Phipatanakul
Department	Law
Academic Year	2015

### **ABSTRACT**

This thesis aims to study the legal problems of the Government party's privilege to unilaterally rescind the public contract. The problems of raising the Government party's privilege for unilateral rescission of the public contract will be focused. The Government party's privilege is not found in any provision of law or written as a clause of the public contract. No specific criteria or guidelines of remedy are provided for the Private party affected. Moreover, this thesis researches the problems for delivering a judgment by the administrative court through issuing a decree for revocation of unilateral rescission of the public contract raised by the Government party.

The study found that the Thai legal system for public contract does not contain any written provisions concerning the Government party's privilege for unilateral rescission of all kinds of the public contracts. In some case, the Government party employs this privilege without referring to a clause of the public contract or any provision of the written law. This practice creates an unclear operation and raises the question about whether there are necessary reasons to use this privilege or what is the scope for claiming this privilege. This type of practice may make the operation of the Government party delayed or ineffective to serve the public interest. No criteria in a written law providing a remedy for the Private party affected also yield unsuitable and unfair remedy. For the administrative court, if the court has a power to deliver a judgment by issuing a decree for revocation of the unilateral rescission of the Government party which is unlawful and useless for public interest, the suffering of the Private party will be more effectively remedied and this is also consistent with the public service of the Government party. This thesis, therefore, recommends for amending the Act on Administrative Procedure B.E. 2539, a basic law

for the criteria of the administrative proceedings of the public officials, by adding the provisions concerning the Government party's privilege for unilateral rescission of the public contract. This Act now has no provisions over the public contract. Therefore, the amendment for this Act should add the Section of Public Contract with the provisions for the Government party's privilege to unilaterally rescind the public contract. The provisions accepting the Government party's privilege to unilaterally rescind the public contract should define the reasons and necessity, as well as the forms for using this privilege, and should affirm the right of the Private party to be remedied for any damage. Such right of remedy should be inscribed as an alternative remedy in addition to litigation. That is, the Private party should have a right to ask for damages from the Government party in the same way in which the remedy is provided in case of the withdrawal of the lawful administrative order under section 53, para. 3 of the Act on Administrative Procedure B.E. 2539. This remedy's standard is equivalent to the protection provided for the private individual whose lawful administrative order is withdrawn by the public official. This thesis also gives a suggestion to the administrative court. The administrative court should deliver a judgment by issuing a decree for revocation of rescission of public contract or a decree for keeping the parties further obligated to the terms of the public contract. The court's decree, if it is considered to be a kind of the delivery of the performance or omission in according to the terms of the public contract under the 72, para. 1 of the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E.2542, would be the delivery of judgment to make the Private party remedied more effectively and it also truly protects the public interest. This practice is consistent with the nature of the dispute in which sometimes the Private party demands the Government party to continue its obligation under the terms of the contract; it is a remedy to which the Private party really aims, not a monetary remedy.

### กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์เป็นอย่างสูงจากศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยให้คำแนะนำทางวิชาการ ตลอดจนแนวทางในการเขียน และตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์จนสำเร็จ ผู้เขียนขอน้อมรำลึกไว้ด้วยความเคารพ และขอกราบขอบพระคุณไว้เป็นอย่างสูง

ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.วีระ โลจายะ ที่ได้กรุณาให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ประเสริฐ ตัณศิริ และ ดร.มาโนช นามเดช ที่ได้กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยให้คำแนะนำ และข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ยิ่งต่อการแก้ไขและปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต และสำนักงานศาลปกครองที่ได้มอบทุนการศึกษาแก่ผู้เขียนในการศึกษาระดับปริญญาโทตลอดหลักสูตรการศึกษา

ขอขอบคุณ ดร.สุชาติ วงศ์สินนาค ที่ได้กรุณาให้ความช่วยเหลือในการแปลบทคัดย่อ ขอขอบคุณ คุณปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์ และคุณเชิดวุฒิ สิมพิมลบูรณ์ ที่ให้คำปรึกษาและช่วยสนับสนุน ข้อมูลวิชาการต่างประเทศ และขอขอบคุณ คุณบัณฑิต หวังวโรดม ที่ให้ความช่วยเหลือ และสนับสนุนในหลาย ๆ เรื่อง จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาและสมาชิกในครอบครัวของผู้เขียน ที่ได้สนับสนุน และเป็นกำลังใจที่สำคัญยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดแด่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือหรือตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ แต่หากมีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สุนนท์ ธรรมศิริรักษ์

**สารบัญ**

	<b>หน้า</b>
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
<b>บทที่</b>	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	7
2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	7
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ.....	11
2.3 ทฤษฎีและหลักบริการสาธารณะ.....	12
2.4 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน.....	17
2.5 หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.....	18
3. สัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในต่างประเทศและประเทศไทย.....	35
3.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาทางปกครอง.....	35
3.2 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว.....	63
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว.....	90



**สารบัญ (ต่อ)**

<b>บทที่</b>	<b>หน้า</b>
4.1 ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยที่ไม่มีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายหรือกำหนดไว้ในข้อสัญญา และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	91
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและแนวทางแก้ไข ปัญหา.....	97
4.3 ปัญหาการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและแนวทางแก้ไขปัญหา.....	103
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	109
5.1 บทสรุป.....	109
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	112
บรรณานุกรม.....	115
ประวัติผู้เขียน.....	121

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายรัฐนั้น รัฐอาจใช้วิธีการดำเนินการโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว หรือเรียกได้ว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชนบังคับกับฝ่ายเอกชนในลักษณะของการออกกฎ คำสั่ง หรือปฏิบัติการทางปกครอง แต่ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยใช้การอำนาจฝ่ายเดียวดังกล่าวอาจไม่เหมาะสมกับภารกิจของรัฐในบางประเภท เช่น ภารกิจที่เกี่ยวกับการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นต้น รัฐจึงอาจนำวิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยใช้สัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดบนพื้นฐานของความตกลงมาเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ วัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามสัญญาจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของเอกชนแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้น แม้การเข้าทำสัญญาของฝ่ายรัฐกับเอกชนจะเกิดบนพื้นฐานของความตกลงก็ตาม แต่เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายรัฐบรรลุผล ในสัญญาทางปกครองรัฐจึงยังคงสงวนไว้ซึ่งอำนาจมหาชน หรือที่เรียกว่า เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง คือ อำนาจมหาชนอย่างหนึ่งของรัฐ โดยในการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหลักการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ<sup>1</sup>

- 1) ความสม่ำเสมอและความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ
- 2) เอกชนต้องได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกัน
- 3) การปรับเปลี่ยนได้ของการจัดทำบริการสาธารณะ

---

<sup>1</sup> จาก *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 143-144), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมักจะมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญาทางปกครอง ซึ่งถือเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้สัญญานั้นมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>2</sup> หรืออาจมีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ตามมาตรา 68 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484<sup>3</sup> ได้กำหนดว่า ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเพื่อความมั่นคงของชาติ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งให้สัมปทานสิ้นสุดลงทั้งแปลง หรือหยุดทำกิจการเป็นการชั่วคราว หรือตัดเขตพื้นที่ออกจากพื้นที่ในสัมปทาน เป็นต้น แต่โดยธรรมชาติของสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แม้ไม่มีการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือในข้อสัญญา เช่น กรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ของความมั่นคงทางเศรษฐกิจ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อกำหนดได้ โดยเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่สำคัญ ได้แก่ อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว อำนาจในการควบคุมดูแลการบริการสาธารณะของคู่สัญญาอย่างใกล้ชิด รวมถึงอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว<sup>4</sup>

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวมีผลเป็นการทำลายเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอาจสร้างความเสียหายทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยตรงและอาจส่งผลกระทบต่อค่าบริการสาธารณะของรัฐได้ กล่าวคือในแง่ของการบริการสาธารณะ สัญญาทางปกครองซึ่งถือเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ ในการจัดทำบริการสาธารณะ หากมีการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลา ย่อมส่งผลให้การบริการสาธารณะ

<sup>2</sup> มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

มาตรา 68 ทวิ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานเพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเพื่อความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดังต่อไปนี้

(1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง

(2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจการที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร

(3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง

<sup>4</sup> จาก สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 124-134), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.

หยุดชะงัก หรือขาดความต่อเนื่องได้ และในแง่ของเอกชนคู่สัญญา การเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดสัญญา ย่อมสร้างความเสียหายต่อธุรกิจการลงทุนของภาคเอกชนเป็นอย่างยิ่ง หรือกรณีหากเป็นสัญญาจ้างบุคลากรของรัฐ การเลิกสัญญาย่อมมีผลเช่นเดียวกับการเลิกจ้าง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการประกอบสัมมาอาชีพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม หลักการและเหตุผลของการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวนี้ มีหลักการและเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งถือเป็นประโยชน์ที่เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน รัฐจึงมีความจำเป็นที่เหนือกว่าในการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี กรณีหากการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น แม้จะเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะก็เพียงเล็กน้อย แต่กลับเป็นการสร้างความเสียหายแก่เอกชนมากเกินไปกว่านั้นหากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง กรณีดังกล่าวน่าจะเป็นสิ่งที่สร้างความเสียหายเป็นอย่างยิ่ง ทั้งต่อภาครัฐและภาคเอกชน

จะเห็นได้ว่าการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและอาจเกิดผลกระทบทั้งต่อภาครัฐและเอกชนเป็นอย่างมาก แต่ในปัจจุบันกลับพบว่าไม่ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าว จะมีก็เพียงแต่บทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองบางประเภทไว้เท่านั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่ากรณีดังกล่าวที่น่าจะทำการศึกษาลักษณะกฎหมายในเรื่องของเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งในการนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความสำคัญ 3 ประการ ที่น่าจะนำมาศึกษาและหาแนวทางแก้ไข เพื่อให้เกิดการพัฒนาการของหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวต่อไป

ปัญหาประการแรก ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยไม่มีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายหรือกำหนดไว้ในข้อสัญญา ซึ่งกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยที่ไม่มีการรับรองเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในข้อสัญญาทางปกครอง อาจส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ว่าในการดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวควรมีหลักเกณฑ์แนวทางหรือขอบเขตแค่ไหน เพียงใด อันจะทำให้เอกชนไม่มีหลักประกันความมั่นคงในการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง อีกทั้งอาจส่งผลให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวเกิดข้อขัดข้องในการดำเนินการ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อค่าบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองได้

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยที่ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง

เป็นการเฉพาะ ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจึงมีการนำหลักกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว แต่โดยที่หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งหลักเอกสิทธิ์ยังเป็นหลักการที่มีสาระที่ตรงกันข้ามกับหลักในสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เพราะสัญญาทางแพ่งนั้นขึ้นอยู่กับหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา แต่หลักเอกสิทธิ์เป็นหลักอำนาจที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังนั้น การที่ไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้เป็นการเฉพาะ อาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

ประการสุดท้าย ปัญหาการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดพบว่า ศาลมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษาว่า กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชอบที่จะฟ้องคดีได้แต่เพียงการเรียกร้องค่าเสียหายเท่านั้น ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เนื่องจากเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าวอาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดเวลาได้ทุกกรณี แม้การเลิกสัญญาดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม เพียงแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจถูกฟ้องร้องเพื่อการชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งในกรณีที่เป็นการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น หากปรากฏว่าการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง นอกจากจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อกรบริการสาธารณะแล้ว ในอีกด้านหนึ่งรัฐยังต้องมีภาระหน้าที่ในการชดเชยความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อสร้างแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดรับรองเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และหลักเกณฑ์ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นกฎหมายกลาง โดยให้มีความครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท รวมถึงวิเคราะห์แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองกรณีเกี่ยวกับอำนาจศาลในการกำหนดค่าบังคับ

กรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่เหมาะสมและสอดคล้องกับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งรายละเอียดจะเสนอในส่วนต่าง ๆ ต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และพัฒนาการของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และหลักการจัดทำบริการสาธารณะทั้งของไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และพัฒนาการของหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวทั้งของไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบหลักการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางในการเยียวยาความเสียหายให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว
5. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

## 1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นถือเป็นอำนาจมหาชนอย่างหนึ่งของรัฐที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งน่าจะมีการบัญญัติรับรองเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวไว้ในตัวบทกฎหมายที่เป็นกฎหมายกลาง ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยให้มีผลครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท โดยกำหนดหลักการและเหตุผลในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีแนวทางในการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม รวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีดังกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงในการเข้าทำสัญญาทางปกครองของฝ่ายเอกชน และในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น หากศาลปกครองมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายมากยิ่งขึ้นนอกจากการชดเชยความเสียหายในส่วนที่เป็นตัวเงิน

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลักการ จัดทำบริการสาธารณะ และหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว หลักการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงแนวทางการพิจารณาพิพากษา ของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐทั้งของไทยและต่างประเทศ

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ดำเนินการศึกษาด้วยการวิจัยเอกสาร โดยทำการศึกษาจากตำรา บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ สิ่งพิมพ์ งานวิจัย ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต บทความกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงศึกษาแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และพัฒนาการของสัญญาทางปกครอง หลักการจัดทำบริการสาธารณะทั้งของไทยและต่างประเทศ
2. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และพัฒนาการของหลักเอกสิทธิ์ในการเลิก สัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐทั้งของไทยและต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงหลักการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการ เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้ เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ
5. ทำให้ทราบถึงแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับให้ เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องตอบสนองต่อประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางประการ หรือที่เรียกว่า เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการตามสัญญาทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะมากที่สุด

#### 2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น มีรูปแบบในการดำเนินการอยู่ 2 วิธี<sup>1</sup> คือ การใช้อำนาจฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนบังคับกับฝ่ายเอกชน นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากฐานของกฎหมาย ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจก่อนิติสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวได้ อีกวิธีการหนึ่ง คือการใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือ เนื่องจากกิจกรรมของรัฐในบางประเภทนั้นอาจไม่เหมาะสมที่จะนำวิธีการบังคับฝ่ายเอกชนโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว หรือไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจฝ่ายเดียวได้ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากฐานของสัญญา ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองในรูปแบบของสัญญานั้น วัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามสัญญาจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของเอกชนเอง ดังนั้น แม้การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนจะเกิดบนพื้นฐานของความตกลงสองฝ่าย อันเป็นหลักการพื้นฐานของการเกิดขึ้นของสัญญาก็ตาม แต่ในสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองยังคงไว้ซึ่งอำนาจมหาชน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สถานะของฝ่ายปกครองกับเอกชนในสัญญาทางปกครองนั้น จึงอาจอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น

---

<sup>1</sup> จาก “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, โดย โภคิน พลกุล, (มกราคม-เมษายน 2547), วารสารวิชาการศาลปกครอง, 4(1), น. 21-27.



การนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นหลักของความเท่าเทียมกันในสัญญาของเอกชน มาบังคับใช้ในสัญญาทางปกครอง จึงไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้ทั้งหมด

### 2.1.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกับสัญญาทางปกครอง

ตามหลักนิติรัฐ รัฐหรือองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย การใช้อำนาจของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>2</sup> ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐนั้น รัฐอาจเลือกรูปแบบวิธีการในการดำเนินการได้ตามความเหมาะสม สัญญาทางปกครองถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐเลือกใช้ และในอีกมิติหนึ่งสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือ “หลักที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน” (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)

การนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายเยอรมันได้แยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญาออกจากกัน”<sup>3</sup> โดยในการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครอง” นั้นแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมันคือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น หากมีการกำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาในการจัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ ส่วนในการตกลงกำหนด “เนื้อหาของสัญญา” นั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าตกอยู่ภายใต้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งความหมายว่า ฝ่ายรัฐและเอกชนไม่อาจทำความตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่เป็นการขัดต่อกฎหมายได้

<sup>2</sup> จาก คำรากลกฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 37), โดย วิษณุ วรรณุญ และคณะ (ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), 2551, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

<sup>3</sup> จาก “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, (มิถุนายน 2542), วารสารนิติศาสตร์, 29(2), น. 271-272..

กรณีปัญหาว่า ในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญา ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งในกฎหมายหรือไม่นั้น ยังเป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการ ซึ่งแยกความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันออกได้ 3 ความเห็น คือ<sup>4</sup>

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายโดยชัดแจ้ง แม้ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการลวงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้เป็นคู่สัญญาก็ตาม ทั้งนี้ เพราะถือว่าเอกชนได้ให้ความยินยอมและมีส่วนโดยตรงในการร่วมกำหนดเนื้อหาของสัญญา จึงไม่อาจถือได้ว่าเอกชนคู่สัญญาถูกฝ่ายปกครองลวงละเมิดแดนแห่งสิทธิเสรีภาพ รวมถึงได้มีการนำหลัก “volenti non fit iniuria” (ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด) มาสนับสนุนความเห็นนี้ด้วย

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ฝ่ายปกครองจำเป็นที่จะต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายโดยชัดแจ้ง ไม่ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการลวงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชนคู่สัญญาหรือไม่ เพราะเอกชนคู่สัญญาอาจมิได้ไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนเข้าทำสัญญา และอาจทำให้เอกชนตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองได้

ความเห็นฝ่ายที่สามซึ่งเป็นความเห็นที่นักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่ยอมรับ เห็นว่า หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ควรได้รับการปรับใช้แต่เพียงบางส่วน ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาซึ่งเอกชนคู่สัญญามีส่วนร่วมกำหนดด้วย แต่หากการกำหนดเนื้อหาของสัญญาของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการบังคับให้เอกชนเข้าทำสัญญา โดยเหตุว่าเอกชนไม่มีทางเลือกอื่น กรณีนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วมกำหนดการตัดสินใจซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งฝ่ายปกครองอาจตกอยู่ภายใต้ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” คือ ฝ่ายปกครองอาจเลือกที่จะใช้รูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะไว้ ส่วนเนื้อหาของสัญญานั้นก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ตกลงทำสัญญากับเอกชน แล้วต่อมาภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงไปของบทบัญญัติของกฎหมาย อันทำให้เนื้อหาของสัญญาขัดต่อกฎหมายซึ่งออกมาใช้บังคับในภายหลัง การเปลี่ยนแปลงไปของกฎหมายก็ย่อมมีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาดังกล่าวโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

<sup>4</sup> แหล่งเดิม. (น. 272-274)).

### 2.1.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับสัญญาทางปกครอง

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักกฎหมายสัญญา ในระบบกฎหมายเอกชน โดยเอกชนสามารถใช้เสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา และกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้อย่างเต็มที่ภายในกรอบของกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องผูกพันต่อกฎหมาย โดยจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการกำหนด ฝ่ายปกครองจึงมิได้มีอิสระเต็มที่ในการทำสัญญา เสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดใน 2 ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา<sup>5</sup>

#### 1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

ในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง คุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหน่วยงานทางปกครองต้องเป็นนิติบุคคลจึงสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไปผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่าง ๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น และผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการเข้าทำสัญญาจะต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในสัญญานั้น รวมถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง หน่วยงานจะทำสัญญานอกขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของตนไม่ได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติสามารถเข้ายื่นขอเสนอเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้โดยเท่าเทียมกัน และมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ ภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา ในส่วนของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น โดยหลักจะเป็นไปตามวิธีการจัดซื้อและจัดจ้างตามที่กฎหมายกำหนด เช่น วิธีตกลงราคา สอบราคา หรือการประกวดราคา เป็นต้น

#### 2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญา เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีหลักการที่สำคัญที่ฝ่ายปกครองต้องพึงปฏิบัติ เช่น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

<sup>5</sup> ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 180-183). เล่มเดิม.

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะ คือ ความต้องการพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมหนึ่ง ๆ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะจึงมีลักษณะที่ค่อนข้างเป็นนามธรรมและเป็นสิ่งที่ยากจะชี้ชัดลงไปว่าอะไรเป็นประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยตามกาลเวลา หรือตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของผู้คนในสังคม รัฐจึงจำเป็นต้องมีหน้าที่ในการตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน และความต้องการพื้นฐานเหล่านี้ถือเป็นขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ<sup>6</sup>

ในการดำเนินงานของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะตามหลักนิติรัฐนั้น มีข้อที่ต้องพิจารณาอยู่ 4 ประการ คือ<sup>7</sup>

1) ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์มหาชนหรือที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนสอดคล้องกันให้มากที่สุด เนื่องจากประโยชน์ของเอกชนแต่ละบุคคล อาจไม่ใช่ประโยชน์ของมหาชนเสมอไป ซึ่งอาจจะมีทั้งส่วนที่แตกต่างและส่วนที่สอดคล้องต้องกัน ดังนั้น การทำให้ประโยชน์เอกชนและประโยชน์สาธารณะประสานกลมกลืนกัน ย่อมจะก่อให้เกิดความผาสุกขึ้นในสังคม

2) ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน ในทางกฎหมายย่อมถือว่าประโยชน์สาธารณะมีค่าเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน เพราะเป็นประโยชน์ที่ทุกคนร่วมเป็นเจ้าของ ส่วนประโยชน์ของเอกชนนั้นเป็นประโยชน์ของบุคคลเพียงบางคนหรือบางกลุ่มเท่านั้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงบัญญัติในลักษณะที่ยกให้ประโยชน์สาธารณะเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน

3) เอกชนพึงละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น แม้ประโยชน์สาธารณะจะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน แต่การที่รัฐจะอ้างความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะเพื่อไปลดทอนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนนั้น รัฐจะต้องใช้หลักนี้ในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองอย่างนี้ขัดแย้งกัน และไม่มีทางจะประสานให้สอดคล้องกันได้ และรัฐจำเป็นต้องเลือกใช้วิธีการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตาม “หลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ” ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ

<sup>6</sup> From *Précis du droit administrative* (P. 10) by Rivéro, J et Waline, J, 2000, Paris: Dalloz. อ้างถึงใน “สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย” (น. 7-8), โดย นุชผา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.

<sup>7</sup> จาก *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. (น. 34-35), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

4) เอกชนพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากการที่ต้องเสียดสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อเอกชนคนใดต้องยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องดำเนินการให้เอกชนนั้นได้รับการชดเชยความเสียหาย รัฐจะอ้างประโยชน์สาธารณะไปลิดรอนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชน โดยไม่คำนึงถึงการชดเชยความเสียหายนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรม

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงจำเป็นต้องนำข้อพิจารณาดังกล่าวมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งแม้ข้อกำหนดในสัญญาจะถือเสมือนเป็นกฎหมายสำหรับคู่สัญญาในการที่จะต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด แต่หากกรณีมีเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะเกิดขึ้น รัฐจำเป็นต้องเลือกที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรได้รับการเยียวยาความเสียหายจากรัฐเช่นกัน<sup>8</sup>

ประโยชน์สาธารณะถือเป็นเป้าหมายหลักของสังคมแต่ละสังคม ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะนี้ และถือได้ว่าประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินงานของรัฐ และภารกิจของรัฐในการเข้าดำเนินการเพื่อให้บริการในลักษณะที่เป็นการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในสังคม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้ เรียกว่า การบริการสาธารณะ

## 2.3 ทฤษฎีและหลักบริการสาธารณะ

กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ ตำรวจทางปกครอง (Police administration) และ บริการสาธารณะ (Service public)<sup>9</sup>

ตำรวจทางปกครอง เป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองซึ่งเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐ โดยการดำเนินการในภารกิจนี้รัฐจะดำเนินการในลักษณะของการใช้อำนาจฝ่ายเดียว โดยออกกฎหมายบังคับเอกชนเพื่อควบคุมให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพภายในขอบเขต และไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ความปลอดภัยสาธารณะ และสุขอนามัยของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในรูปแบบของการออกกฎ ระเบียบ อันมีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่วไป หรืออาจเป็นการดำเนินการในรูปแบบ

<sup>8</sup> จาก หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน) (น. 30), โดย ปารวี พิสิฐเสนากุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>9</sup> จาก สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น.1-2), โดย ชาญชัย แสงวงศ์, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ของการออกคำสั่งเฉพาะราย เช่น การอนุมัติ อนุญาต เป็นต้น กิจกรรมของฝ่ายปกครอง ที่เรียกว่า ตำรวจทางปกครองนี้มีลักษณะที่แตกต่างจากตำรวจยุติธรรม กล่าวคือ ตำรวจทางปกครอง เป็นเรื่องการใช้อำนาจฝ่ายปกครองป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบขึ้น จึงเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้า ในการก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ฝ่ายเดียวขึ้นกับเอกชน หรือ เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ระเบียบทั่วไป เช่น กฎจราจร กฎระเบียบ เกี่ยวกับการควบคุมอาคาร เป็นต้น ส่วนตำรวจยุติธรรมนั้นเป็นการใช้อำนาจสอบสวน ปราบปรามความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว ตัวอย่างเช่น การออกกฏจราจรเพื่อควบคุม การจราจรเป็นเรื่องตำรวจทางปกครอง แต่เมื่อมีการละเมิดกฏจราจรเกิดขึ้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะเป็นเรื่องทางยุติธรรม กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับศาลที่พิจารณาคดี มีความแตกต่างกัน โดยภารกิจแรกต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับและหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น เป็นอำนาจของศาลปกครอง ส่วนภารกิจหลังต้องใช้กฎหมายอาญาบังคับซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลยุติธรรม

บริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมอีกประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อ ตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน โดยมีลักษณะเป็นการให้บริการขั้นพื้นฐาน เพื่อให้ ประชาชนมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น สะดวกสบายมากขึ้น เช่น การให้บริการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น โดยรัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการบริการสาธารณะเอง ในรูปลักษณะของการดำเนินงานในระบบราชการ แต่อาจดำเนินการ โดยจัดตั้งองค์กรอิสระเข้ามา รับผิดชอบในการบริการสาธารณะ เช่น รัฐวิสาหกิจหรือองค์กรมหาชนหรือรัฐอาจใช้เครื่องมือ ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทนรัฐในลักษณะรูปแบบ ของสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้นประกอบด้วย หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และ หลักความเสมอภาค<sup>10</sup>

<sup>10</sup> จาก หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 46-47), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

### 2.3.1 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน หากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง ย่อมจะส่งผลให้ประชาชนผู้ใช้บริการได้รับความเดือดร้อน เสียหาย หรือกระทบต่อความปลอดภัย หรือสุขอนามัยของประชาชน ดังนั้น บริการสาธารณะ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักของความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ

ความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้หลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง เป็นผู้ดำเนินการเองหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการก็ตาม ดังนั้น การดำเนินการจัดทำ บริการสาธารณะนั้นต้องเป็น ไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา<sup>11</sup>

หลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่เห็นได้ชัดเจนประการหนึ่ง คือ การห้ามนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าเจ้าหน้าที่นั้นจะอยู่ในสถานะข้าราชการหรือลูกจ้าง ของรัฐก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ และกำหนดห้ามมิให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐออกจากราชการก่อนได้รับอนุมัติจากหน่วยงาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้เวลา ผู้บังคับบัญชาจะได้สรรหาผู้มาปฏิบัติหน้าที่แทน โดยหลักการสำคัญก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการ อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเกิดความต่อเนื่อง อย่างไรก็ดี หลักความต่อเนื่องของบริการ สาธารณะกลับขัดแย้งกับหลักการนัดหยุดงานซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของพนักงาน และลูกจ้าง ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้เคยให้แนวทางว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมาย ระดับรัฐบัญญัติจำกัดสิทธิการนัดหยุดงานเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง โดยในเวลาต่อมาได้มีรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1963 บัญญัติห้ามมิให้มีการนัดหยุดงาน ที่จะส่งผลกระทบต่อบริการสาธารณะ และบังคับให้สหภาพแรงงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องแจ้งการนัดหยุดงานต่อผู้บังคับบัญชาก่อนการนัดหยุดงานอย่างน้อยห้าวัน ซึ่งความพยายาม ในการประสานหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ ในการนัดหยุดงาน จึงทำให้เกิดหลักเรื่องการบริการขั้นต่ำ และการออกคำสั่งให้ผู้นำหยุดงาน กลับเข้าทำงาน กล่าวคือ บริการสาธารณะบางประเภทนั้นรัฐไม่อาจหยุดดำเนินการได้ หรือหากมี การนัดหยุดงานที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะดังกล่าวอาจกระทำได้เพียงบางส่วนเท่านั้น ซึ่งรัฐ ยังคงต้องดำเนินการให้มีการบริการขั้นต่ำอยู่ และในกรณีที่มีความจำเป็น ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการออกคำสั่งบังคับให้ผู้นำหยุดงานกลับเข้าทำงานได้ หากปรากฏว่าการนัดหยุดงานนั้น

<sup>11</sup> สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น.5-6). เล่มเดิม.



จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง และฝ่ายปกครองยังอาจใช้อำนาจสั่งให้ผู้อื่นเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนได้<sup>12</sup>

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะยังสัมพันธ์กับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยหากมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น ซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปรับภาระบางส่วนร่วมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ก็เพื่อมิให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง<sup>13</sup> หรือกรณีหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาหรือดำเนินการล่าช้า ซึ่งอาจทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรืออาจมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้ามาดำเนินการแทนได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายสำหรับในประเทศฝรั่งเศส หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะดังกล่าวยังทำให้เกิดทฤษฎีที่สำคัญของสัญญาทางปกครองในเรื่องของการชดเชยค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกรณีเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้นอีกด้วย<sup>14</sup>

### 2.3.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามเหตุการณ์หรือตามยุคสมัย รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการของประชาชนส่วนรวม

หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ เพื่อให้การบริการสาธารณะมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนส่วนรวม อันจะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพ จึงกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเป็นหลักการที่สำคัญอีกหลักการหนึ่งของการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้เคยมีคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1902 คดี Compagnie Nouvelle du gaz de Deville – Lès – Rouen ซึ่งเป็นการวางหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ โดยในคดีดังกล่าวบริษัทเอกชนได้ทำสัญญากับเทศบาลเมือง Rouen เพื่อตามไฟถนน โดยมีได้ระบุไว้ให้ตามไฟด้วยวิธีการใด บริษัทผู้รับสัมปทานได้ตามไฟด้วยก๊าซ ต่อมา เมืองไกล์เคียงเริ่มมีการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า เทศบาลเมือง Rouen จึงเรียกร้องให้บริษัทผู้รับสัมปทานตามไฟถนน

<sup>12</sup> จาก สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 12-13), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.

<sup>13</sup> สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 5-7). เล่มเดิม.

<sup>14</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 12-13). เล่มเดิม.



ด้วยไฟฟ้า แต่บริษัทปฏิเสธ เทศบาลจึงไปทำสัญญากับบริษัทอื่นให้มาตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า บริษัทผู้รับสัมปทานรายแรกจึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งศาลตัดสินว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิตามข้อสัญญาในการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่ขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีสิทธิที่จะมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้ามาทำการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าได้ หากคู่สัญญาเดิมปฏิเสธที่จะทำภายใต้เงื่อนไขใหม่ ทั้งนี้ เพราะถือว่าความต้องการในบริการสาธารณะเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องให้การตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>15</sup>

นอกจากนี้ ในประเทศฝรั่งเศสหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของการบริการสาธารณะนี้ ยังเป็นแหล่งกำเนิดของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่สำคัญ เช่น ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครอง หลักเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญา หรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง<sup>16</sup>

### 2.3.3 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคของการจัดทำบริการสาธารณะนี้ คือ หลักความเท่าเทียมกันของประชาชนผู้รับบริการสาธารณะ การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือควบคุมดูแลการบริการสาธารณะ เหตุผลหนึ่งก็เนื่องมาจากหลักของความเสมอภาคดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสที่จะได้รับบริการสาธารณะจากรัฐโดยทั่วถึงและเท่าเทียมกัน รองศาสตราจารย์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ข้อสังเกตว่า “หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเป็นอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ แตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นเป็นอย่างเดียวกัน”<sup>17</sup> จึงเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะ คือการให้บริการสาธารณะต่อประชาชนทุกคนโดยเท่าเทียมกันและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ฝ่ายปกครองจะให้บริการสาธารณะในลักษณะที่มีความแตกต่างกันได้ต่อเมื่อประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นอยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน ซึ่งมีใช้หมายถึงสถานะทางสังคมของบุคคลที่แตกต่างกัน แต่หมายความถึง การให้บริการสาธารณะที่มีความเหมาะสมกับสถานะของประชาชนผู้รับบริการ ซึ่งความเหมาะสมนั้นอาจขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย โดยอาจเป็นเหตุปัจจัยในเรื่องของความจำเป็นสาธารณะ เช่น การก่อสร้างและให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบรถไฟฟ้าเฉพาะในเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจร

<sup>15</sup> หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 50-52). เล่มเดิม.

<sup>16</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 14). เล่มเดิม.

<sup>17</sup> จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 39), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

ในกรุงเทพมหานคร หรือด้วยเหตุปัจจัยทางเศรษฐกิจ เช่น การกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าตามอัตราภาษีของนิติบุคคลตามขนาดของบริษัท เป็นต้น โดยหากสถานะของบุคคลเท่าเทียมกันแล้ว บุคคลเหล่านั้นต้องได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน คณะกรรมการกฤษฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้เคยให้ความเห็นว่า การที่กรมที่ดินจัดเก็บภาษีมรดกที่ดินในอัตราที่ไม่เท่ากันระหว่างบุตรบุญธรรมกับบุตรชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่ากรณีนี้สถานะทางกฎหมายของบุตรบุญธรรมและบุตรชอบด้วยกฎหมายมีสถานะทางกฎหมายแพ่งที่เท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติจึงไม่ชอบ<sup>18</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะจึงเป็นการที่ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบริการสาธารณะจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ ภายใต้ง่อนไขและลักษณะของบริการสาธารณะ

## 2.4 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

ทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นทฤษฎีหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เพราะทฤษฎีอำนาจมหาชนนี้เป็นทฤษฎีที่ให้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล<sup>19</sup>

ความเป็นมาของทฤษฎีอำนาจมหาชนนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดสองแนวคิด<sup>20</sup> แนวความคิดแรกได้พัฒนามาจากยุคโรมัน ซึ่งแนวคิดนี้มองว่าอำนาจมหาชน หมายถึงรัฐ (องค์กร) และการใช้อำนาจรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น เจตจำนงของรัฐเป็นใหญ่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน ซึ่งต่อมาแนวคิดสมัยใหม่ได้พัฒนาทฤษฎีอำนาจมหาชน โดยมองว่าอำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่เป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแนวคิดสมัยใหม่นี้ทำให้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการจัดทำภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภท คือ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ ซึ่งการแบ่งแยกวิธีการดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดเขตอำนาจศาล และกฎหมายที่จำต้องนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เป็นอย่างมาก ซึ่งการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจ

<sup>18</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 14-16). เล่มเดิม.

<sup>19</sup> จาก สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 38), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>20</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 18-19). เล่มเดิม.

ของศาลปกครองและใช้หลักกฎหมายปกครอง ส่วนการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและใช้หลักกฎหมายเอกชน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

แต่อย่างไรก็ดี หลักทฤษฎีของการแยกการกระทำของฝ่ายปกครองออกเป็นสองลักษณะนี้ ไม่สามารถนำมาอธิบายลักษณะการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะการบริการสาธารณะและอำนาจมหาชนเป็นแนวความคิดที่มีบทบาทเชื่อมโยงกัน บริการสาธารณะถือเป็นภารกิจของรัฐ และเครื่องมือที่รัฐใช้ก็อาจใช้อำนาจมหาชนหรือใช้วิธีบริหารจัดการแบบเอกชนก็ได้ และถึงแม้ว่ารัฐจะเลือกใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชน อำนาจมหาชนก็ยังคงเป็นของรัฐและเป็นอำนาจที่รัฐไม่อาจสละได้ เมื่อมีความจำเป็นสาธารณะ รัฐก็ต้องนำอำนาจมหาชนออกมาใช้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนจึงเป็นหลักที่ว่าด้วยการให้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง จึงเป็นหลักที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะถือว่าเป็นการแสดงออกทั้งในแง่ของความเป็นรัฐ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการดำเนินภารกิจเพื่อประชาชนคนส่วนมาก และในแง่ของการใช้อำนาจบังคับปัจเจกชนของฝ่ายปกครองเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของสาธารณะ อันถือเป็นหัวใจหลักของการดำเนินภารกิจในด้านต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ดี อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ หากฝ่ายปกครองนำมาใช้เกินขอบเขตหรือไม่เป็นการตอบสนองประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง อาจกลายเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่เข้าลักษณะอำเภอใจ อันจะนำมาซึ่งผลร้ายแรงทั้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือผลกระทบที่อาจจะเกิดแก่ปัจเจกชนเกินควร

## 2.5 หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองมีที่มาจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองถือเป็นสิ่งที่สำคัญที่รัฐนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>21</sup>

### 2.5.1 ความหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้คำอธิบายว่า เอกสิทธิ์เป็นสิทธิพิเศษ เฉพาะบุคคลบางคน หรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อแสวงประโยชน์ หรืออ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษ ยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ<sup>22</sup>

<sup>21</sup> จาก *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง* (น. 1) โดย สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

<sup>22</sup> จาก *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (น. 88), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หมายถึงอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่จะกระทำต่อบุคคล ผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการ ดำเนินบริการสาธารณะ ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ สาธารณะ จำต้องให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชน ไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐซึ่งเป็นผู้ดูแล รักษาประโยชน์สาธารณะจึงสามารถใช้อำนาจรัฐบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้<sup>23</sup> เพราะรัฐมีหน้าที่ในการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ผลทางกฎหมายมหาชนรัฐจึงต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน หรือที่เรียกว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง<sup>24</sup>

ในยุคสมัยที่มีการปกครองระบอบราชาธิปไตยหรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองมีลักษณะไม่เท่าเทียมกัน แต่เรียกไม่ได้ว่า ผู้ปกครองในสมัยนั้นจะมีเอกสิทธิ์ เนื่องจากรัฐในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย และมีอำนาจเด็ดขาดสมบูรณ์ ผู้ปกครองจึงสามารถออกคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นนิติรัฐ (Legal State) ทำให้บุคคลทุกคนอยู่ในฐานะ เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย แต่ในฐานะของผู้ปกครองประเทศหรือฝ่ายปกครองก็ยังมีฐานะ ที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในบางเรื่อง เนื่องจากภารกิจที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้น มีความแตกต่างกับกิจการของเอกชน โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม และเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ ซึ่งถือได้ว่าเป็นเป้าหมายในการรักษาประโยชน์สาธารณะโดยตรง ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวดังเช่น การดำเนินกิจการของเอกชน ดังนั้น กฎหมายจึงต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องมีเอกสิทธิ์เพื่อให้ ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้ลุล่วงไปได้อย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ<sup>25</sup>

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองปรากฏเห็นได้ชัดเจนในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ประเภทต่าง ๆ เช่น การเวนคืน การยึดทรัพย์ การเข้าครอบครองทรัพย์สินของเอกชนเป็นการ ชั่วคราว การลงโทษ หรือเอกสิทธิ์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง เช่น ทรัพย์สินของ ฝ่ายปกครองอาจไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี หรือในการจัดทำสัญญาทางปกครอง

<sup>23</sup> จาก *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง* (น. 2-3). เล่มเดิม.

<sup>24</sup> จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มา และนิติวิธี* (น. 298-301), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

<sup>25</sup> จาก *เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย* (น. 20-22), โดย ไพฑูริศ เอกจริยกร, 2526, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น<sup>26</sup>

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอาจถือว่าเป็นตัวชี้โดยปริยายว่ากิจกรรมใดของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ โดยบริการสาธารณะใดที่ผู้ดำเนินการมีอำนาจพิเศษเหนือกว่าเอกชนก็จะถือว่ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะ และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแม้จะไม่ใช่วิธีการที่ถูกต้องและชัดเจนที่จะชี้ให้เห็นว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะ แต่ก็อาจเป็นเครื่องชี้โดยปริยายได้<sup>27</sup> หรือในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองยังถูกนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา โดยหากสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดปรากฏข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน สัญญานั้นย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงอาจกล่าวได้ว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองในหลายลักษณะ

#### 2.5.2 บ่อเกิดของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง<sup>28</sup>

อำนาจพิเศษ หรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งแหล่งที่มาของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจเกิดได้จากการบัญญัติไว้ในบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ และรวมถึงปรากฏตามหลักกฎหมายทั่วไป

##### 2.5.2.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหลายประเภทได้มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งส่งผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเด็ดขาดในการใช้เอกสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หรือโดยไม่ต้องร้องขออนุญาตจากศาลก่อน เช่น อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างเพื่อมิให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ หรือการให้ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองมีลักษณะพิเศษซึ่งไม่สามารถยึดอายัด เพื่อบังคับชำระหนี้ได้

<sup>26</sup> หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 117-119). เล่มเดิม.

<sup>27</sup> แหล่งเดิม.

<sup>28</sup> เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย (น. 22-23). เล่มเดิม.

#### 2.5.2.2 คำพิพากษาของศาล

ในบางกรณีแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ แต่ตามพฤติการณ์แล้วฝ่ายปกครองควรที่จะมีเอกสิทธิ์ในเรื่องนั้น ๆ ศาลอาจมีการพิจารณาพิพากษาโดยวางหลักให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในเรื่องดังกล่าวนั้นได้ เช่น กรณีที่ศาลในคดีก่อนเคยได้มีการพิจารณาพิพากษาว่า ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก่อนครบกำหนดตามสัญญาได้ หากปรากฏว่าการดำเนินการตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และหากปรากฏต่อมาว่าศาลในคดีหลังได้มีการพิจารณาพิพากษาโดยตัดสินตามแนวทางดังกล่าวมาโดยตลอด กรณีจึงย่อมจะทำให้เกิดหลักกฎหมายว่าฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวนี้ได้

#### 2.5.2.3 ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์

ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ หรือนักวิชาการทางกฎหมาย มิได้มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ว่าฝ่ายปกครองควรมีเอกสิทธิ์ในเรื่องใดบ้าง แต่ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ หรือนักวิชาการทางกฎหมายดังกล่าว ถือว่าเป็นบ่อเกิดของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองโดยทางอ้อม โดยเป็นแต่เพียงการให้ความเห็นว่า ในกรณีใดที่ฝ่ายปกครองควรมีเอกสิทธิ์หรือไม่ อย่างไร โดยมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนผลบังคับนั้นจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือจากการพิจารณาพิพากษาในคดีของศาล อย่างไรก็ดี แม้ความเห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวจะมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่ในอีกด้านหนึ่งความเห็นของนักนิติศาสตร์ย่อมก่อให้เกิดองค์ความรู้และเกิดพัฒนาการในทางนิติศาสตร์มากยิ่งขึ้น

#### 2.5.2.4 หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งศาลจะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาเมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Positive Law) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ ซึ่งศาลสามารถที่จะอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม หรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวกรณีที่รัฐหมดความจำเป็นในการบริการสาธารณะ เป็นต้น

### 2.5.3 วัตถุประสงค์ของการมีเอกสิทธิ์ของรัฐ

ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนคนส่วนใหญ่ ฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือที่ใช้ในการดำเนินการ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล โดยวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนนั้น มีหลักการและเหตุผลที่สำคัญ ดังนี้<sup>29</sup>

1) เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างรวดเร็ว ทันท่วงทีต่อเหตุการณ์ และสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของคนในสังคม รวมถึงมีการดำเนินการที่เป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

2) เพื่อให้เกิดความมั่นคงและปลอดภัยในสังคม และเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน<sup>30</sup>

### 2.5.4 ประเภทของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ<sup>31</sup>

#### 2.5.4.1 คำสั่งที่มีผลบังคับทันที

นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นจะเกิดขึ้นได้จำเป็นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวกำหนดความสัมพันธ์กับเอกชนได้โดยไม่ต้องให้เอกชนสมัครใจหรือให้ความยินยอม อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนี้ถือเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการที่จะกระทำการฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องขอให้ศาลสั่ง กรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่ง คำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นจะมีผลบังคับทันที ซึ่งมีรูปแบบที่แตกต่างกัน เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันได้แก่ การกำหนดกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม การอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น นอกจากนี้การสั่งการต่าง ๆ ของตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ก็ถือเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทันทีเช่นกัน

<sup>29</sup> จาก มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย (น. 10-11), โดย มนตรี กนกนำชัย, 2540, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>30</sup> สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (น. 3). เล่มเดิม.

<sup>31</sup> หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 118-119). เล่มเดิม.



#### 2.5.4.2 เอกสิทธิ์เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง

โดยหลักทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจึงต้องรักษาไว้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ผู้ใดจะยึดทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่ได้ และนอกจากนี้การครอบครองปรปักษ์ หรือการยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับรัฐในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินก็ไม่อาจกระทำได้ และฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถโอนทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินให้แก่เอกชนได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ

#### 2.5.4.3 สัญญาทางปกครอง

การที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐนั้น ฝ่ายปกครองยังคงเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของมหาชนโดยตรง ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์อยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อควบคุมดูแลการดำเนินงานของเอกชน นิติสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครองนี้จึงมีได้อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจทั้งหมด ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง ได้แก่ เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น

#### 2.5.5 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง

โดยที่วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง คือ การบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจมหาชน หรือที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อที่จะช่วยให้การดำเนินงานของรัฐสำเร็จลุล่วง ในประเทศฝรั่งเศสนั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า โดยลักษณะธรรมชาติของสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชนได้ ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญา หากเป็นกรณีที่รัฐมีเหตุจำเป็นสาธารณะและจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนเพื่อบังคับเอกชนคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ ยิ่งไปกว่านั้น กรณีที่วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองหมดความจำเป็น คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังมีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีส่วนผิดใด ๆ เลย แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวได้<sup>32</sup>

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองที่สำคัญ แบ่งออกเป็น 3 ประการ คือ เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด และเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

<sup>32</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 124-141). เล่มเดิม.



#### 2.5.5.1 เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

ตามทฤษฎีความเสมอภาคและเสรีภาพ ในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะแก้ไขข้อสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ยินยอมไม่ได้ ในสัญญาทางแพ่งจึงยึดถือหลัก “ความเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญา” (immutabilité du contrat) แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น กลับปรากฏหลักความเปลี่ยนแปลงได้ของสัญญา (mutabilité du contrat administratif)<sup>33</sup> เหตุผลก็เนื่องจากว่าสัญญาทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันกับความต้องการของประชาชนคนส่วนมากอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยสนองตอบต่อความต้องการที่เปลี่ยนแปลงของมหาชนได้

เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีแนวคิดมาจากหลักการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องมีการพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย และต้องมีความต่อเนื่อง สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือในการดำเนินบริการสาธารณะจึงต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ดี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะต้องอยู่ภายในกรอบ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในส่วนสาระสำคัญที่ถึงขั้นทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป และรัฐต้องคำนึงถึงเทคนิคและความสามารถทางการลงทุนของเอกชนคู่สัญญาด้วย จะต้องไม่แก้ไขข้อสัญญาจนเลยขั้นที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ เช่น การเพิ่มเที่ยวรถโดยสารให้บริการเพิ่มเติมในช่วงชั่วโมงเร่งด่วน ถือว่าไม่เลยขั้นวิญญูชนจะพึงคาดหมายถึงความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ แต่การเปลี่ยนแปลงเทคนิคหรือวิธีการจัดทำบริการสาธารณะบางกรณีอาจเป็นการไม่ชอบได้ เช่น เดิมรับสัมปทานรถเมล์ ต่อมาหากรัฐมีความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยใช้รถไฟฟ้าจะบังคับให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการไม่ได้ เพราะถือว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป<sup>34</sup>

การใช้เอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของสาธารณะเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้ และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว จะเข้าไปกระทบถึงข้อสัญญาเกี่ยวกับเงินค่าตอบแทนที่ได้ตกลงกันไว้แล้วไม่ได้ การแก้ไขข้อสัญญาลักษณะนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสมอ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

<sup>33</sup> แหล่งเดิม.

<sup>34</sup> สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (น.21). เล่มเดิม.

ข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้นจะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกินขนาดคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้<sup>35</sup> เช่น การแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยให้เอกชนคู่สัญญาชำระหนี้ที่ไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา และไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเลยไม่ได้ หรือการแก้ไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาเป็นอย่างมาก แต่กลับไม่ปรากฏว่ารัฐมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เพิ่มขึ้นถึงขนาดนั้น ซึ่งอาจถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาโดยอำเภอใจของฝ่ายปกครอง และอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้นั้น อาจเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญา หากไม่มีกำหนดไว้ขณะทำสัญญา แต่สิ่งเหล่านั้นกลายเป็นสิ่งจำเป็นในการตอบสนองต่อบริการสาธารณะในภายหลังทำสัญญา ทั้งนี้ เพราะในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา ความต้องการของประชาชนส่วนรวมอาจเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองจำต้องปรับตัวตาม หรืออาจเป็นกรณีที่ประชาชนมีความต้องการบริการสาธารณะเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเอกชนคู่สัญญาก็ควรที่จะได้รับการชดเชยกับภาระที่เพิ่มมากขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วย เช่น ในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐเคยมีคำพิพากษาในคดี Tramways de Marseille<sup>36</sup> เมื่อปี ค.ศ. 1910 โดยสภาแห่งรัฐได้ยอมรับหลักเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบังคับเอกชนคู่สัญญา (ผู้รับสัมปทาน) ให้ดำเนินบริการหรือรับภาระมากกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ โดยเอกชนคู่สัญญามีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยสำหรับภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นนั้นได้ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาแล้วรัฐจำเป็นต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนคู่สัญญาเป็นการแลกเปลี่ยนตาม “ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince)”<sup>37</sup> ซึ่งสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้รับรองหลักการนี้ไว้ในคดี Compagnie générale française des tramways ซึ่งในคดีดังกล่าวจังหวัดได้ทำสัญญาให้สัมปทานเดินรถรางแก่บริษัทเอกชน โดยกำหนดจำนวนเที่ยวและจำนวนรถไว้ในสัญญา ต่อมา ในฤดูร้อนประชาชนต้องการใช้รถมากขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงอาศัยอำนาจตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1881 กำหนดให้บริษัทคู่สัญญาปรับเปลี่ยนจำนวนขบวนรถให้มากขึ้น แต่บริษัทไม่ยินยอม โดยอ้างว่ายินดีเพิ่มเที่ยวรถแต่ไม่เพิ่มจำนวนรถ บริษัทจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อพิเคราะห์รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ฝ่ายรัฐห้ามเพียงสิทธิที่จะอนุมัติเวลาเดินรถและเที่ยวรถไม่ แต่ยังสามารถแก้ไขหรือเพิ่มเติมจำนวนรถได้ เพื่อให้บริการสาธารณะ

<sup>35</sup> หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 30). เล่มเดิม.

<sup>36</sup> จาก *เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 31), โดย อภิชาติ แจ้งยุบล, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>37</sup> *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย* (น. 128). เล่มเดิม.

บรรลุลผล แต่ทั้งนี้บริษัทตรางก็ย่อมมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการแก้ไขข้อสัญญาของฝ่ายรัฐได้ และคำว่า “ค่าทดแทน” (indemnité) นี้ หมายถึง ค่าทดแทนความเสียหายที่มีอยู่จริงทั้งหมด คือ การขาดทุนจริง ๆ เท่านั้น การขาดทุนกำไร การขาดรายได้เพิ่มไม่ใช่ค่าเสียหายที่แท้จริงตามหลัก “ดุลยภาพทางการเงิน” (équation financière) ในสัญญาทางปกครอง และค่าทดแทนไม่ใช่ค่าเสียหาย เพราะค่าเสียหาย (dommages-intérêts) ต้องเกิดจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ<sup>38</sup>

#### 2.5.5.2 เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอย่างใกล้ชิด

โดยที่สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ แม้รัฐจะมอบหมายให้เอกชนเข้ามาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยก็ตาม แต่รัฐก็ยังคงมีหน้าที่เป็นหลักประกันให้การดำเนินการบริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ และมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ทำให้รัฐไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในความสมบูรณ์เพียงพอ หรือในเรื่องคุณภาพของบริการสาธารณะเพียงเพราะเหตุที่ได้ทำสัญญามอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้<sup>39</sup> ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจในการกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิดในทุกสัญญา

อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเข้าควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาอย่างใกล้ชิดนั้นแบ่งออกเป็นสองลักษณะ<sup>40</sup>

ลักษณะแรก เป็นรูปแบบการควบคุมที่มีลักษณะธรรมดาที่เรียกว่า การควบคุมตรวจตรา (contrôle de surveillance) การควบคุมในลักษณะนี้ เป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเข้าควบคุมตรวจตราว่าฝ่ายเอกชนมีการดำเนินการตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาหรือไม่ โดยรูปแบบการควบคุมก็อาจใช้วิธีการเข้าไปตรวจงานระหว่างที่อีกฝ่ายกำลังปฏิบัติการ การเรียกเอกสารมาเพื่อตรวจสอบ หรืออาจเป็นรูปแบบของการออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติ

ลักษณะที่สอง คือ อำนาจในการควบคุมกำหนดทิศทางของสัญญา (pouvoir de direction) ซึ่งหมายถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเข้าไปควบคุมวิธีการปฏิบัติการตามสัญญา โดยจะมีระดับที่แตกต่างกันตามประเภทของสัญญา เช่น ในสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (marché

<sup>38</sup> แหล่งเดิม. (น. 133).

<sup>39</sup> จาก สัญญาทางปกครอง (จ) (น. 78), โดย สุรพล นิติไกรพจน์, 2555, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>40</sup> จาก “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”, โดย บุษพา อัครพิมาน, 2547, รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 161-163.

de travaux publics) คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจในการกำหนดทิศทางโดยควบคุมวิธีการดำเนินการตามสัญญา เพราะถือว่ารัฐเป็นเจ้าของงานนั้น ส่วนในสัมปทานบริการสาธารณะ (concession de service public) มีแนวความคิดสองประการ คือ การจัดการบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน และขณะเดียวกันวัตถุประสงค์ของสัมปทาน คือ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ดี ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงสงวนสิทธิในการเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของเอกชนผู้รับสัมปทานดังกล่าวได้ ส่วนในสัญญาจัดซื้อพัสดุหรือจัดซื้อบริการนั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ การได้มาซึ่งทรัพย์สิน รูปแบบและวิธีการในการดำเนินการตามสัญญาจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมีอิสระที่จะเลือกวิธีการในการส่งมอบทรัพย์สินได้ แต่อย่างไรก็ตามอำนาจในการควบคุมของฝ่ายปกครองก็ยังมีระดับที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับลักษณะของสินค้าหรือหน้าที่ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องชำระด้วย เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาจะถูกควบคุมมากกว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างธรรมดา เป็นต้น

#### 2.5.5.3 เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

การเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา และการเลิกสัญญาโดยเอกชนคู่สัญญามิได้ทำผิดสัญญาอันเป็นการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ<sup>41</sup>

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นสิทธิหนึ่งของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพราะการเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขข้อสัญญาในส่วนของการกำหนดระยะเวลาของสัญญา ดังนั้น ฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ก็เป็นฐานเดียวกับที่ใช้พิจารณาอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ กรณีจะต้องมีเหตุการณ์ที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะ หรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ดังนั้น การยกเลิกสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น<sup>42</sup>

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงถือเป็นเอกสิทธิ์ที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงก่อนระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ซึ่งย่อมจะต้องส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นอย่างมาก คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย

<sup>41</sup> เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง (น. 32). เล่มเดิม.

<sup>42</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 180). เล่มเดิม.

การใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในกรณีกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา และการเลิกสัญญาโดยเอกชนกลุ่มสัญญาไม่ได้ทำผิดสัญญาอันเป็นการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น มีข้อพิจารณาที่แตกต่างกันทั้งในแง่ของเหตุในการเลิกสัญญาและการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญา

1) กรณีเอกชนกระทำผิดสัญญา

กรณีมีการกำหนดเหตุ หรือประเภทของความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนที่จะนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาทางปกครองไว้ในข้อสัญญา ซึ่งการลงโทษด้วยการบอกเลิกสัญญา จะต้องมีการกระทำผิดที่รุนแรงเพียงพอ เช่น การเลิกสัญญาเนื่องจากการละเมิดของกรมการบริการสาธารณะ การเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาในสาระสำคัญ การเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนนี้ กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย และกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนได้อีกด้วย<sup>43</sup>

การใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนนี้ เป็นการใช้สิทธิตามหลักสิทธิหน้าที่ตามสัญญา หรือเป็นการลงโทษกลุ่มสัญญาที่กระทำผิดสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีได้เป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ แต่กรณีที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน แต่เป็นความผิดในส่วนที่มีสาระสำคัญนั้น กรณีดังกล่าวอาจถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐได้

2) กรณีเอกชนมิได้กระทำผิดสัญญา

นอกจากการเลิกสัญญาเนื่องจากการกระทำผิดสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอาจมีขึ้นได้ ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดความเสียหายโดยมิใช่ความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายใด ซึ่งถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง เช่น กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนมีปัญหาด้านการเงินซึ่งต้องแสดงบัญชีงบดุลของตนในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีดุลพินิจที่จะเลือกให้สัญญามีผลผูกพันต่อไป หรือยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หรือกรณีมีเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาทางปกครองได้ แม้ว่าการเลิกสัญญาดังกล่าวจะทำให้กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐจะต้องรับผิดชอบกับการเลิกสัญญาดังกล่าว แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นการคุ้มค่ากว่าที่จะปล่อยให้สัญญาดำเนินต่อไป เช่น การซื้อคืนสัมปทานซึ่งเป็นการเลิกสัญญาที่มีค่าตอบแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่การเลิกสัญญาอาจไม่มีค่าทดแทนก็ได้หากเอกชนกลุ่มสัญญาไม่อาจปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้

<sup>43</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 451-458). เล่มเดิม.

การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาจมีขึ้นได้ในกรณีของเหตุสุดวิสัยอันเกิดจาก มีข้อขัดข้องทางเทคนิค อันเป็นเหตุบังเอิญหรือเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญา ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น หรือเป็นเหตุการณ์ไม่ปกติหรือเหตุสุดวิสัยทางปกครอง ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่มีอาจคาดหมายได้ในระหว่างสัญญาทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา หรือดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้

3) การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในกรณีการเลิกสัญญา อันเกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และในกรณีการเลิกสัญญาที่มีได้เกิดจากความผิดของ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3.1 การชดใช้ค่าเสียหายในกรณีการเลิกสัญญาอันเกิดจากความผิดของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมไม่อาจได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย และคู่สัญญาฝ่ายรัฐยังมีสิทธิเรียก ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ค่าเสียหายดังกล่าวขึ้นอยู่กับว่าเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งก็คือค่าใช้จ่ายที่เป็นผลพวงจากการเลิกสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องไปดำเนินการบางอย่าง เพื่อทดแทน “หนี้” ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติ เช่น ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและ สัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะมักจะมีการกำหนดเงื่อนไขในบันทึก เงื่อนไขต่อท้ายของสัญญาประเภทดังกล่าว โดยกำหนดเป็นหลักทั่วไปว่าในกรณีที่มีการยกเลิก สัญญาเพราะความผิดของผู้รับสัมปทาน หรือที่เรียกว่าการเพิกถอนสัญญาสัมปทาน (déchéance) นั้น เพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินต่อไปโดยไม่ติดขัดและมีความต่อเนื่อง ให้ผู้รับสัมปทาน เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินการ เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้น รวมทั้ง ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการสรรหาคู่สัญญารายใหม่ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาจ้างบุคลากรของรัฐ การยกเลิกสัญญาประเภทนี้คู่สัญญาที่ผิดสัญญาจะต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เกิดแก่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการสรรหาคู่สัญญาคนใหม่ เช่น กรณีลูกจ้าง ของหน่วยงานของรัฐถูกเลิกจ้างเพราะความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่าย ที่หน่วยงานจะต้องใช้ในการสรรหาลูกจ้างคนใหม่มาทดแทน<sup>44</sup>

<sup>44</sup> “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส” รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (น. 190-191). เล่มเดิม.



### 3.2 การชดเชยค่าเสียหายในกรณีการเลิกสัญญาไม่ได้เกิดจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน

การเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่ได้เกิดจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน หรือที่เรียกว่า การใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว กรณีเมื่อข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป จนทำให้สัญญาเดิมไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะอีกต่อไป กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้โดยฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม ซึ่งการที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าว ถือว่าการเลิกสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องมีการชดเชยเยียวยาให้เต็มจำนวนความเสียหาย<sup>45</sup> การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐกรณีกลุ่มสัญญาไม่มีความผิดนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ใช้ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (théorie du fait du prince)<sup>46</sup> ดังนั้น เมื่อการใช้เอกสิทธิ์เหนือสัญญาอีกฝ่ายแล้วทำให้เขาได้รับความเสียหาย กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องชดเชยและจะต้องชดเชยให้เต็มจำนวน สำหรับค่าเสียหายที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยนี้ คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans)<sup>47</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น เป็นมิติหนึ่งของการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากการใช้เอกสิทธิ์ทั้งสองกรณีดังกล่าว จึงมีหลักคิดทฤษฎีในลักษณะเดียวกัน ซึ่งทฤษฎีที่เกี่ยวข้องสำคัญที่จำต้องนำมาพิจารณาในการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐทั้งในกรณีการแก้ไขข้อสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว คือ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) และทฤษฎีเหตุที่มีโอกาสคาดหมายได้ (théorie de l'imprévision)

(1) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince)<sup>48</sup> เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางไว้เป็นบรรทัดฐานว่า หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนเนื่องมาจากการที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น

<sup>45</sup> หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 107). เล่มเดิม.

<sup>46</sup> แหล่งเดิม. (น. 108).

<sup>47</sup> “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส” *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ* (น. 191). เล่มเดิม.

<sup>48</sup> สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 135-136). เล่มเดิม.

หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้แยกกรณีระหว่างการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเองกับการกระทำที่เกิดจากฝ่ายปกครองอื่นออกจากกัน และแยกความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือความเสียหายอันเกิดจากมาตรการทั่วไปออกจากกัน ดังนี้<sup>49</sup>

ก) ทฤษฎีนี้ใช้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทานให้เอกชนเข้าทำเหมืองแร่ พอเอกชนขนเครื่องมื่อจะเข้าไปสำรวจแร่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐกลับห้ามไม่ให้เอกชนคู่สัญญาเข้าไปในเขตสัมปทาน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลทั่วไป และมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญากระทบกระเทือนและเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าเป็นผลกระทบต่อบุคคลทุกคนเป็นการทั่วไป คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ถูกกระทบเพียงผู้เดียว กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทนตามหลักความเสมอภาคในสิทธิและภาระหน้าที่ของทฤษฎีบริการสาธารณะ เว้นแต่มาตรการนั้นจะส่งผลกระทบต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของที่จำเป็นต้องใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมาก กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องชดใช้ค่าทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ข) ทฤษฎีนี้ไม่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองอื่นเป็นผู้ก่อภาระพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ในการทำสัญญาทางปกครองของเทศบาล ปรากฏว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายหรือคำสั่งเฉพาะเรื่องทำให้ภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิ่มมากขึ้น กรณีดังกล่าวจะต้องบังคับตามทฤษฎีเหตุที่มีอากาศหมายได้ (théorie de l'imprévision) แทน

(2) ทฤษฎีเหตุที่มีอากาศหมายได้ (théorie de l'imprévision)<sup>50</sup>

โดยที่สัญญาทางปกครองเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักการบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ และหลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะ ซึ่งหลักความสมดุลทางการเงินเป็นผลโดยตรงจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ประกอบกับ

<sup>49</sup> จาก “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2529, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529, น. 104-105, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

<sup>50</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 136-141). เล่มเดิม.



หลักความเป็นธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประสานประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชนเข้าด้วยกัน หลักการที่นำมาใช้เพื่อปรับสมดุลทางการเงินของสัญญา คือ ทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ทฤษฎีนี้จะนำมาปรับใช้กับสัญญาบางประเภทในสถานการณ์บางสถานการณ์เท่านั้น เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ทฤษฎีนี้มีความแตกต่างจากหลักการในสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งนั้น ถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยที่อาจทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยแล้ว แม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้เกิดความยากลำบากเพียงใด หรือการปฏิบัติตามสัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดที่คู่สัญญาต้องขาดทุนอย่างหนักเพียงใดก็ตาม คู่สัญญาก็มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีหลักว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องล้มละลายหรือขาดทุนอย่างหนักเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายได้ และไม่ใช้ความผิดของฝ่ายใดแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องใช้จ่ายทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสียไปกลับคืนมา ซึ่งจะทำให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง อันจะสอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ<sup>51</sup>

เงื่อนไขของการใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้ คือ

ก) กรณีคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ว่าข้างหน้าจะมีเหตุอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรงเกิดขึ้น และเหตุนั้นเป็นเหตุที่มีสาเหตุปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติการณ์เศรษฐกิจร้ายแรง หรือการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่กรณีการขาดทุนธรรมดาเพราะคาดการณ์ผิด หรือไม่ได้กำไร ไม่ใช่เหตุตามทฤษฎีนี้

ข) โดยเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา และคู่สัญญาไม่อาจทำการป้องกันขัดขวางได้

ค) และเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งความร้ายแรงต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนอย่างหนัก และเป็นเวลานานเกินกว่าที่วิญญูชนจะคาดหมายได้ ศาลจะกำหนดอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนเอาไว้ให้เป็นภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ส่วนที่เกินความเสี่ยงที่วิญญูชนจะคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายรัฐต้องชดใช้ให้กับเอกชน

เนื่องจากทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ผลทางกฎหมายของทฤษฎีดังกล่าวจึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังมีหน้าที่ในการปฏิบัติ

<sup>51</sup> “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 106). เล่มเดิม.

ตามสัญญาต่อไป เพียงแต่เอกชนคู่สัญญาอาจจะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง<sup>52</sup> โดยการคำนวณค่าทดแทนจะคิดให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญาและจะให้ค่าทดแทนการขาดทุนในส่วนที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (Prix-limite) โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายรัฐที่จะต้องชดเชย และให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับภาระขาดทุนเล็กน้อย และทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเพื่อบำบัดเหตุร้ายแรงที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ถ้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับกลายเป็นเหตุถาวร นับแต่วันแรกที่เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวรคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ไม่ต้องชดเชยค่าทดแทนอีกต่อไป คู่สัญญาจำต้องเลิกสัญญาโดยปริยาย โดยถือเสมือนว่าสัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย ในประเทศฝรั่งเศสตัวอย่างของการใช้ทฤษฎีนี้ก็คือ คดี Compagnie générale d' éclairage de Bordeaux<sup>53</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทได้รับสัมปทานผลิตไฟฟ้าให้ประชาชนจากเทศบาลเมืองบอร์โด ต่อมาเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าเพิ่มขึ้นจากราคา 35 ฟรังก์ ในปี ค.ศ. 1915 เป็นราคา 117 ฟรังก์ ในปี ค.ศ. 1916 บริษัทขอขึ้นค่าไฟฟ้าแต่เทศบาลไม่ยินยอม บริษัทจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอขึ้นค่าไฟ ศาลแห่งรัฐพิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทนเพราะเงื่อนไขเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ครบถ้วน และในคดี Compagnie des tramways de Cherbourg<sup>54</sup> ซึ่งเทศบาลเมืองได้ให้สัมปทานการเดินรถแก่บริษัทเอกชน และบริษัทนั้นเคยได้รับกำไรมาตลอด แต่มาขาดทุนอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี ค.ศ. 1916 เรื่อยมาจนถึงปี ค.ศ. 1922 โดยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เทศบาลจึงอนุมัติให้บริษัทขึ้นค่าโดยสาร 8 ครั้ง และครั้งสุดท้ายเทศบาลยอมอนุญาตให้บริษัทขึ้นราคาค่าโดยสารได้ตามที่เห็นสมควร แต่แม้จะขึ้นราคาเท่าใดบริษัทก็ยังขาดทุนอยู่ บริษัทจึงมาขอค่าทดแทนอีก ในที่สุดจึงมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งศาลพิพากษาว่า “กรณีเมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนขาดทุนอย่างรุนแรง เทศบาลผู้ให้สัมปทานต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตามเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ต้องมีลักษณะชั่วคราว และหากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจใหม่ทำให้เหตุนี้กลายเป็นเหตุถาวร ผู้ให้สัมปทานไม่อาจนำภาษีอากรของประชาชนมาชำระค่าทดแทนได้

<sup>52</sup> หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 108-110). เล่มเดิม.

<sup>53</sup> From C.E. 30 mars. 1916, Gr. Ar., 132 อ้างถึงใน “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (น. 107-108). เล่มเดิม.

<sup>54</sup> From C.E. 9 déc. 1932, Gr. Ar., 211 อ้างถึงใน “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 108). เล่มเดิม.

เพราะการดำเนินกิจการดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้และกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาขอให้ศาลเลิกสัญญาสัมปทานได้”

กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ในการที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหรือความรับผิดชอบ แต่เพียงผู้เดียวในสถานการณ์ที่เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นสถานการณ์ที่ผิดปกติ ไม่ใช่เหตุความเสียหายในกำไรขาดทุนธรรมดาของการลงทุนทำธุรกิจ แต่เกิดจากเหตุการณ์ที่นอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญาและวิญญูชน และเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ในสถานการณ์ดังกล่าวต่อไป อาจทำให้ต้องขาดทุน ล้มละลายหรือหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ดำเนินการต่อไปก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เพราะจะทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองจึงจำต้องเข้ามาร่วมรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย โดยเข้าร่วมรับผิดชอบเพียงบางส่วน เพื่อให้เกิดความสมดุลทางการเงินในสัญญา อย่างไรก็ตามหากเหตุการณ์ผิดปกติและไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุการณ์ถาวรจะใช้ทฤษฎีนี้ไม่ได้ เพราะถือว่าเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ มิได้เกิดเพียงชั่วคราวอีกต่อไป แต่เหตุดังกล่าวกลายเป็นเหตุถาวร ซึ่งจะทำให้เหตุอันไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่อาจใช้เป็นเหตุในการบอกเลิกสัญญาได้<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 139-141). เล่มเดิม.

### บทที่ 3

## สัญญาทางปกครองและเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในต่างประเทศและประเทศไทย

ประเทศฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการทางด้านแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน รวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง สำหรับประเทศเยอรมันแม้จะมีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งออกจากกันดังเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่หลักการพื้นฐานหลายๆ อย่างก็ยังมีความแตกต่างกัน และประเทศเยอรมันยังได้มีการบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครอง รวมถึงการบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงน่าที่จะศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของทั้งสองประเทศดังกล่าว เพื่อเปรียบเทียบกับแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของประเทศไทย

#### 3.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาทางปกครอง

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

---

<sup>1</sup> 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 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง<sup>2</sup>

ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งนั้น ก่อนอื่นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส แบ่งลักษณะของสัญญาทางปกครองได้เป็นสองลักษณะ คือ สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด ซึ่งโดยหลักจะกำหนดเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) เช่น สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะหรือสัญญาพัสดุ เป็นต้น และสัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล (สัญญาทางปกครองโดยสภาพ) เป็นกรณีที่ไม่มีการกำหนดไว้ จึงเป็นหน้าที่ที่ศาลจะเป็นผู้กำหนด เพื่อเป็นแนววินิจฉัยว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองอยู่สามประการ คือ ประการแรก หลักการพิจารณาเกี่ยวกับคู่สัญญา ประการที่สองหลักการพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา และประการสุดท้ายหลักการพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา<sup>3</sup>

#### 1) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

กฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับ ได้กำหนดชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง และประเภทใดเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นการระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญาประเภทใดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งถือโดยปริยายว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง

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

<sup>3</sup> สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 20-21). เล่มเดิม.

ของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาของศาล หรืออาจเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนด แต่เมื่อกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ก็จะถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย<sup>4</sup>

ตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่<sup>5</sup>

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

สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ มาตรา 84<sup>6</sup>

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

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

<sup>5</sup> สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 23-24). เล่มเดิม.

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

แต่หลักการดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการ ซึ่งไม่แตกต่างจากผู้ใช้บริการเอกชนทั่วไป<sup>7</sup>

2.1.2 สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน

สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองหรือกรณีเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสัญญาประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาจากข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะหรือไม่ หรือพิจารณาระบบของสัญญานั้น ส่วนวิธีการจัดทำสัญญาไม่มีผลต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญาแต่อย่างใด<sup>8</sup>

2.1.3 สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลเอกชน

โดยหลักสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันนั้น จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ไม่ว่าคู่สัญญาเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ หรือไม่ว่าสัญญานั้นจะมีลักษณะพิเศษ หรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นในกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าหากสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน<sup>9</sup>

2.2 เกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา

การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจากวัตถุประสงค์ของสัญญานี้สามารถแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>10</sup>

2.2.1 สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

<sup>7</sup> รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น.46-55). เล่มเดิม.

<sup>8</sup> แหล่งเดิม.

<sup>9</sup> แหล่งเดิม.

<sup>10</sup> สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 31-35). เล่มเดิม.



สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งการทำกรก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์ มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารกิจการแบบมหาชนโดยแท้ เพราะในการทำงานดังกล่าวรัฐมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอรรถาธิปไตยที่เกี่ยวข้องหลายประการ สัญญาประเภทนี้แบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และนอกจากจะว่าจ้างให้ทำการก่อสร้างแล้ว ยังมอบให้ผู้รับเหมาบริหารหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาจะได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชน

(2) สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่เอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้ประโยชน์จากผู้ให้บริการเป็นค่าตอบแทน

#### 2.2.2 สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร เป็นต้น

#### 2.2.3 สัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

เกณฑ์ในการพิจารณาที่สภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นจากการวินิจฉัยคดี โดยสัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงนี้ แบ่งออกเป็น 3 ประเภทหลัก ๆ ดังนี้

(1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะนั้นอาจจะมีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม

(2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์ในโรงพยาบาล หรือสัญญาว่าจ้างอาจารย์ในสถานศึกษา เป็นต้น

(3) สัญญาที่ทำกับผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยการทำสัญญาให้บริการแก่ผู้ให้บริการตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลนั้น



ซึ่งเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองเป็นการดำเนินการทางด้านการปลูกป่า โดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ให้บริการ

### 2.3 เกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

เนื้อหาสาระที่จะทำให้สัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก

#### 2.3.1 สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

สัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะอาจไม่เป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป ซึ่งสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องเป็นสัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หรือมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ และความเกี่ยวข้องนั้นจะต้องถึงขนาดที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ<sup>11</sup>

#### 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 เป็นต้น<sup>12</sup>

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

<sup>12</sup> แหล่งเดิม (น. 87-91).

ตัวอย่างของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่<sup>13</sup>

(1) ข้อกำหนดที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญา หรือข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเข้าดำเนินการแทนในกรณีคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งวิธีการใช้อำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลพินิจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีดังกล่าว หรือการใช้วิธีการนั้นไม่จำเป็นต้องมีการเตือนล่วงหน้าเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการตามสัญญาก่อน เป็นต้น

(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน

(4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดต่อกฎหมาย เช่น ขัดต่อหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี ซึ่งหากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนแล้วอาจจะเป็นโมฆะ

### 3.1.1.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน โดยดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในสัญญาทางปกครองหลักเสรีภาพและความเสมอภาคในการทำสัญญาจะถูกจำกัดมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาทางแพ่ง<sup>14</sup>

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> “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 ศาลจะถือว่าการสละนั้นไม่เป็นผล<sup>15</sup>

### 1.2 วิธีการเลือกคู่สัญญา

ฝ่ายปกครองถูกจำกัดให้ต้องเลือกคู่สัญญาตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะต้องเป็นวิธีการที่เป็นกลางและให้ได้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามอำเภอใจไม่ได้

## 2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

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

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

ในสัญญา เช่น สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ ซึ่งมักมีสัญญาต้นแบบ และเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาไว้เป็นแบบแผน โดยไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อรองได้นอกจากในเรื่องราคาที่เอกชนอาจต่อรองได้เท่านั้น<sup>16</sup>

### 3.1.1.3 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง

โดยหลักเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาก็สิ้นสุดไป หรือสัญญาอาจสิ้นสุดไปตามข้อตกลงที่กำหนดในสัญญา หรืออาจสิ้นสุดไปเพราะคู่สัญญายินยอมพร้อมใจกันเลิกสัญญา หรือการชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย นอกจากนี้ ยังมีการเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครอง ดังนี้<sup>17</sup>

#### 1) การเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง

คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา โดยสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ใน 2 กรณี ดังต่อไปนี้

##### 1.1 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง

1.2 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การเลิกสัญญากรณีนี้อาจทำเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือกฎข้อบังคับก็ได้ ซึ่งอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวกรณีนี้ คือ การขยายอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังนั้น หลักการใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีความผิดนี้ จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัญญาแล้วจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนเต็มจำนวนของความเสียหาย

#### 2) การเลิกสัญญาโดยศาลปกครอง

การเลิกสัญญาโดยศาลปกครองอาจเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้

2.1 โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาดหรือกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัย

2.2 โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยเฉพาะในกรณีเลิกสัญญาสัมปทานซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีสิทธิเลิกสัญญาได้เอง

<sup>16</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 46-48). เล่มเดิม.

<sup>17</sup> “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” (น. 108-109). เล่มเดิม.

2.3 โดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็น เหตุฉาว

### 3.1.2 หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมันหลักกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง เป็นหลักกฎหมายปกครอง ที่เป็นที่ยอมรับและมีพัฒนาการมาเป็นเวลานาน แต่ในทางตรงกันข้ามหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นเวลานาน เหตุผลที่เป็นเช่นนั้น ส่วนหนึ่งเกิดจาก แนวความคิดของ Otto Mayer ที่มีความเห็นว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้นไม่มีทางที่จะเกิดขึ้น เพราะสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกัน ตามกฎหมาย แต่ในหลักของกฎหมายมหาชนรัฐจะอยู่เหนือกว่าเอกชน รัฐจึงไม่อาจทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้<sup>18</sup> แม้แนวความคิดนี้จะเป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานานก็ตาม แต่ก็มีผู้ที่ไม่เห็นด้วย โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมีแนวคิดว่า ในการดำเนินการทางปกครองฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถดำเนินการทางปกครอง โดยวิธีการเจรจากับเอกชน ซึ่งอาจจะดำเนินการในรูปแบบของสัญญาก็ได้ โดยคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะ และหน้าที่ของตนเอง

หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม ในปี 1976 โดยได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา 9 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบของสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ในมาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองในกรณีที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ และรวมถึงกำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง<sup>19</sup>

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

<sup>19</sup> 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 แต่หากเป็นข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งจะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม<sup>20</sup>

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

<sup>20</sup> จาก “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, มิถุนายน 2542, วารสารนิติศาสตร์, 29, 2, น. 262-264.

แห่งสัญญานั้นมีข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาตามกฎหมายปกครอง หรือมูลเหตุแห่งนี้หรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญามีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง สำหรับฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญในการแสดงถึงลักษณะความแตกต่างของสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง สัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง อาจเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายเอกชน ยกตัวอย่างเช่น ราชการส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งตกลงทำสัญญาขายรถบรรทุกให้กับราชการส่วนท้องถิ่นอีกแห่งหนึ่ง สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาซื้อขายทั่วไปตามนัยมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในทางกลับกันสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายมหาชนซึ่ง โดยหลักทั่วไปแล้ว การที่เอกชนจะทำสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้เอกชนสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ เช่น สัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งนายจ้างตกลงที่จะจ่ายเงินประกันสังคมบางส่วนให้กับลูกจ้างแทนรัฐตามกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันแม้ว่าจะจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 เนื่องจากมาตรา 1 (1) ได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นี้มาใช้บังคับกับกรณีที่เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น<sup>21</sup>

ตัวอย่างของสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น

สัญญาที่ได้จัดทำขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) เช่น สัญญาที่จัดทำขึ้นตามกระบวนการเวนคืนตามนัยมาตรา 110 แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการออกคำสั่งหรือกระทำทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

สัญญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับอนุญาตก่อสร้างอาคารมีหน้าที่ต้องจัดให้มีสถานที่จอดรถ ซึ่งเป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารกำหนดไว้

<sup>21</sup> 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 หากพิพาทกันในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายเอกชน คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาจากการที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา แต่หากพิพาทกันในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ซึ่งความเห็นดังกล่าวนี้ นักกฎหมายส่วนหนึ่งไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาจากลักษณะธรรมชาติในทางกฎหมายของสัญญาในลักษณะที่เป็นเอกภาพ กล่าวคือ หากเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>22</sup>

### 3.1.2.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 62 ประโยคที่สอง ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยอนุโลมเมื่อกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นไว้ ดังนั้น การพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจึงต้องนำหลักในกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ ซึ่งตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดว่าสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย<sup>23</sup>

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 57 ได้กำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น จึงเห็นได้ว่าในเรื่องแบบนี้ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>22</sup> หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 5-9). เล่มเดิม.

<sup>23</sup> 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 สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้ให้ความยินยอมหรือเห็นชอบตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย<sup>24</sup>

### 3.1.2.3 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง<sup>25</sup>

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 และการชำระหนี้ตามสัญญาไม่เป็นประโยชน์กับเจ้าหนี้ต่อไป (มาตรา 326

<sup>24</sup> หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 20-21). เล่มเดิม.

<sup>25</sup> รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 142-147). เล่มเดิม.

วรรคสอง BGB) เป็นต้น โดยการขอลอนตัวออกจากสัญญากระทำได้โดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

### 3) การปรับเปลี่ยนสัญญา (Anpassung des Vertrages)

กรณีความสัมพันธ์ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการทำสัญญา 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 26<sup>26</sup> ซึ่งประเทศไทยยังปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยในขณะนั้นได้มีการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการสร้างถนน การขุดคลอง หรือการสร้างทางรถไฟ ซึ่งรูปแบบหนึ่งที่รัฐในสมัยนั้นใช้ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คือ การมอบหมายในรูปของการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยรัฐให้ผลประโยชน์ตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่ถูกจัดทำขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งจะมีระยะเวลา

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

ที่ค่อนข้างยาวนาน ในการนี้ ผู้ได้รับพระบรมราชานุญาตดังกล่าวยังอาจได้รับผลประโยชน์อย่างอื่น เช่น ได้รับสิทธิจับจองเป็นเจ้าของที่ดินตลอดริมฝั่งคลองที่จุดทั้งสองฝ่ายเป็นระยะ 80 เส้น เป็นต้น<sup>27</sup>

ในปี พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานสัมปทาน ในการสร้างทางรถไฟสายแรก ระหว่างกรุงเทพมหานครถึงสมุทรปราการให้แก่บริษัทเดนมาร์ก และต่อมาได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตขุดคลอง โดยทำสัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์ กับนายโยวาгим แครซี และนายขมที่เข้าหุ้นส่วนเป็นคอมปีนิตขุดคลอง<sup>28</sup> ซึ่งสัญญาดังกล่าว มีข้อกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องนำแผนที่แบบแผนคลองที่จะขุด กำหนดเวลาที่ขุดลงมือขุด มายื่นต่อผู้อนุญาตเพื่อขอความเห็นชอบก่อนลงมือขุดด้วยทุกครั้ง และมีอำนาจในการแก้ไข ความคิดของผู้รับอนุญาตได้ และในข้อสัญญาจะมีการกำหนดว่า ผู้อนุญาตยอมให้ผู้รับอนุญาต มีโอกาสที่จะเป็นผู้รับจ้างก่อนผู้อื่นในที่ดินแปลงที่ขุด ซึ่งเป็นการแสดงลักษณะของการผูกขาด นอกจากนั้น ในข้อสัญญายังกำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการยกเลิกการให้อำนาจ โดยกำหนดว่า ถ้ามีผู้ใดผู้หนึ่งมาขออนุญาตขุดคลองและเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่แผ่นดินควรยอมให้ขุด แต่ต้องถามผู้รับอนุญาตก่อนว่าผู้รับอนุญาตจะขุดหรือไม่ ถ้าผู้รับอนุญาตไม่ขุดจึงจะยอมให้ผู้ขออนุญาตใหม่ขุดได้ แต่ผู้รับอนุญาตรายใหม่ต้องขุดภายในกำหนดเวลา ถ้าพ้นกำหนดเวลาแล้วไม่มีการขุด หรือขุดแล้วแต่ไม่เสร็จตามกำหนดเวลาที่ผู้ขออนุญาตเดิมขอไว้ ผู้ให้อำนาจจะคืนอำนาจ เสียไม่ให้ผู้รับอนุญาตขุดคลองต่อไป แล้วให้ผู้รับอนุญาตเดิมดำเนินการต่อไป<sup>29</sup>

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

<sup>27</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 85). เล่มเดิม.

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

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

พระราชทานพระบรมราชานุญาต ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในสมัยนั้น และกรณีถ้าไม่ได้มีการกำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองรถไฟได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งภายหลังจากวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี<sup>30</sup>

ต่อมา ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่ได้นิยามความหมายของคำว่ากิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ รถราง ชุมคลองเดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบต่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีกาไว้ตามยุคตามคราว กฎหมายฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน โดยการห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทยรวมทั้งกิจการประกันภัย ธนาคารออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ หรือกิจการอื่นอันมีลักษณะคล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะได้รับการบรมราชานุญาตหรือสัมปทานเสียก่อน<sup>31</sup>

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

<sup>30</sup> แหล่งเดิม.

<sup>31</sup> แหล่งเดิม.

เอกชนที่มีความประสงค์จะประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรี แต่การอนุญาตและการให้สัมปทานโดยรัฐมนตรีตามกฎหมายดังกล่าวไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นไปได้โดยง่าย<sup>32</sup>

ต่อมา ในระยะหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน ปี พ.ศ. 2475 ในช่วงระยะเวลาประมาณปี พ.ศ. 2530 เป็นต้นมา การทำสัญญาทางปกครองในลักษณะที่ให้เอกชนเข้ามาบริการแบ่งเบาหรือร่วมจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ ได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน โดยสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ กลุ่มแรก ๆ ได้แก่ สัญญาสัมปทานคอนกรีตเมืองโทลเวย์ระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัททางยกระดับคอนกรีต จำกัด (มหาชน) สัญญาทางด่วนชั้นที่สองระหว่างกรมทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด หรือสัญญาสัมปทานทางรถไฟยกระดับในโครงการ โฮปเวลล์ ระหว่างบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัดกับการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นต้น และต่อมา ในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อกำหนดคกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาของภาครัฐและเอกชนในกรณีเป็น โครงการใหญ่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ส่วนโครงการที่มีมูลค่าน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็จะดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535<sup>33</sup>

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองได้ถือกำเนิดในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว โดยปรากฏในลักษณะของการให้สัมปทาน การให้จัดทำบริการสาธารณะและการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และได้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายฉบับที่กำหนดให้อำนาจแก่รัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมอันเป็นการแสดงให้เห็นถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแฝงอยู่ในระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองมาตั้งแต่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

### 3.1.3.1 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การทำสัญญาในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นสัญญาภาครัฐหรือสัญญาภาคเอกชนคู่สัญญาจะตกลงทำสัญญาผูกพันระหว่างกัน โดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอันเดียวกัน

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

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



คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ หลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา หรือการตีความสัญญา และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาจะต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในศาลยุติธรรม<sup>34</sup> รัฐในสมัยนั้นได้มีการจัดทำสัญญาหลายประเภทไม่ว่าจะเป็นการมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนี้จะจัดทำในรูปของสัญญา ซึ่งหากสัญญาเหล่านี้เกิดขึ้นในปัจจุบัน จะเรียกสัญญาดังกล่าวว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในอดีตนั้นจะเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาของทางราชการ หรือ สัญญาของรัฐ<sup>35</sup> เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเรื่องสัญญาทางปกครอง ดังนั้นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน ก็จะมีการพิจารณาในลักษณะเดียวกับสัญญาทางแพ่งและอยู่ภายใต้หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>36</sup>

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

<sup>34</sup> จาก สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขข้อสัญญา (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 117), โดย บุญส่ง สิริพันธ์ โนน, 2536, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>35</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 41). เล่มเดิม.

<sup>36</sup> 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 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น แต่สัญญาทั้ง 4 ประเภทดังกล่าว เป็นเพียงสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น ซึ่งอาจมีสัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนประเภทอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าวแต่มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากคำว่า “หมายความรวมถึง” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า สิ่งที่ทำให้หมายความรวมไปถึงนั้นไม่ใช่สิ่ง ๆ นั้น (สัญญาทางปกครอง) โดยตรง แต่กฎหมายกำหนดให้ครอบคลุมถึง เพื่อประโยชน์ในการกำหนดธรรมชาติของสิ่งดังกล่าว ให้ชัดเจนเท่านั้น<sup>37</sup> 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

<sup>37</sup> จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (น. 257-258), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>38</sup> เมื่อพิจารณาบทที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเกณฑ์พิจารณาทางด้านคู่สัญญา คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา คือ สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และนอกจากลักษณะของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวแล้ว สัญญาที่มีข้อตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ นอกจากนี้ ในเวลาต่อมายังได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล<sup>39</sup> และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด<sup>40</sup> วางแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมออกไป โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาพิพาท ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล<sup>41</sup>

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

<sup>38</sup> สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 89). เล่มเดิม.

<sup>39</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546 และที่ 8/2548

<sup>40</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2546 และที่ 726/2547 ฯลฯ

<sup>41</sup> หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 120). เล่มเดิม.

### 1.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทาน เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ประโยชน์ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการนั้น<sup>42</sup> โดยผู้รับสัมปทานจะรับความเสี่ยงเอง ส่วนสิ่งก่อสร้างรวมถึงการลงทุนต่าง ๆ เมื่อหมดสัญญาจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยสาระสำคัญของสัญญาสัมปทาน คือ การลงทุนและก่อสร้าง เป็นเรื่องที่ยุติสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการ เงินลงทุนที่ใช้บริหาร โครงการจะเกิดจากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ ขณะเดียวกันผู้รับสัมปทานอาจมีรายได้ทางอื่น เช่น จากเงินที่รัฐให้การสนับสนุนโครงการ

ตัวอย่างสัญญาสัมปทานตามแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน)<sup>43</sup>

สัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติอนุญาตให้เอกชนเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคมพร้อมทั้งได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุ<sup>44</sup>

นอกจากนี้ สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทาน เช่น สัญญาสัมปทานทำป่าไม้ชายเลน<sup>45</sup> สัญญาสัมปทานจัดเก็บรังนกอีแอ่น<sup>46</sup> เป็นต้น

### 1.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตนหรือร่วมกับตน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับประโยชน์หรือค่าตอบแทนจากหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ

---

<sup>42</sup> จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 131), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>43</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547

<sup>44</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548 และ ที่ 190/2549

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

<sup>46</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550 และ ที่ 563/2554

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนตนหรือร่วมกับตน เช่นเดียวกับสัญญาสัมปทาน ต่างกันแต่เพียงว่าเอกชนคู่สัญญาตามสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะรับประโยชน์หรือค่าตอบแทนจากรัฐในลักษณะเป็นค่าจ้าง ส่วนในสัญญาสัมปทานเอกชนคู่สัญญาจะได้รับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากผู้รับบริการมิใช่รัฐ<sup>47</sup>

ตัวอย่างของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เช่น สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย<sup>48</sup>

สัญญาจ้างให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ระหว่างสำนักงานประกันสังคมกับโรงพยาบาลเอกชน<sup>49</sup>

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการธนาคารออมสิน<sup>50</sup>

### 1.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค<sup>51</sup>

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

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

<sup>48</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548

<sup>49</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 117/2552

<sup>50</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 453/2553

<sup>51</sup> 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 ที่פקผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

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

กรณีจึงสรุปได้ว่า สัญญาใดที่มีวัตถุประสงค์ในการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคดังที่กล่าวมาข้างต้น รวมถึงสัญญาที่ให้ออกแบบ ควบคุมงาน บำรุงรักษา และซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว สัญญานั้นจะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น

สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของส่วนราชการ<sup>52</sup>

สัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อปฏิบัติงานตามโครงการสำรวจและออกแบบรายละเอียดระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษเมืองพัทยา<sup>53</sup>

สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงภูมิทัศน์ช่วงนคร<sup>54</sup>

บันทึกข้อตกลงให้ใช้และซ่อมแซมถนนสาธารณะ<sup>55</sup>

<sup>52</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 745/2549

<sup>53</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 123/2550

<sup>54</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 363/2553

<sup>55</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 35/2550

#### 1.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้แม้จะมีใช้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะโดยหลักทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของชาติหรือเป็นทรัพย์สินของประชาชน โดยมีรัฐเป็นผู้ดูแลรักษา ซึ่งแนวคิดดังกล่าวทำให้การที่บุคคลใดจะเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะต้องขออนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐสามารถเข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์ให้เป็นไปโดยเกิดประโยชน์อย่างแท้จริงต่อส่วนรวม<sup>56</sup> ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ ได้แก่ ป่าไม้ เหมืองแร่ และปิโตรเลียมที่ยังอยู่ในสภาพซึ่งฝังอยู่ในดินเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ ผู้ใดจะทำการใด ๆ ต่อทรัพยากรดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยนั้น อยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ เช่น มาตรา 5 กำหนดห้ามผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าที่ที่สำรวจแร่จะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่จากฝ่ายปกครองก่อน เป็นต้น

สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีความแตกต่างจากสัมปทานบริการสาธารณะ คือ สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังเช่นสัมปทานบริการสาธารณะ<sup>57</sup>

ตัวอย่างสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เช่น

สัญญาสัมปทานทำป่าไม้ชายเลน<sup>58</sup>

สัญญาสัมปทานทำไม้หวงห้ามธรรมดาออกจากไม้สัก<sup>59</sup>

#### 2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

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

<sup>56</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 107-108). เล่มเดิม.

<sup>57</sup> สัญญาทางปกครอง(ก) (น. 145-146). เล่มเดิม.

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

<sup>59</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 598/2551

สาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และในเวลาต่อมาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาพิพาท ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลด้วย<sup>60</sup>

2.1 สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ยกตัวอย่างเช่น

สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ<sup>61</sup>

สัญญาจัดการบริหารท่าเทียบเรือ<sup>62</sup>

สัญญาการเป็นนักศึกษาและสัญญาลาศึกษา<sup>63</sup>

สัญญาจ้างดำเนินการสำรวจสถานะสุขภาพอนามัยของประชาชนและประเมินความพึงพอใจของประชาชนต่อการบริการสาธารณสุขของรัฐในพื้นที่<sup>64</sup>

สัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าว<sup>65</sup>

2.2 สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ หมายถึงสัญญาซึ่งมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ และข้อกำหนดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเท่าเทียมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาจเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ที่โดยธรรมชาติของสิทธิหน้าที่นั้น ไม่อาจถูกกำหนดลงไปสัญญาทางแพ่งได้ ซึ่งการกำหนดเอกลักษณ์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้เป็นกรณีที่ต้องสงวนการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายรัฐไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

ตัวอย่างของสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เช่น กรณีสัญญาหลักประกันซองเป็นสัญญาเบื้องต้นที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาซื้อขาย

<sup>60</sup> แนวทางการพิจารณาจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง (น. 32). เล่มเดิม.

<sup>61</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่) และที่ 161/2547

<sup>62</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2548

<sup>63</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548

<sup>64</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 245/2550

<sup>65</sup> 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 ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการกำหนดคุณสมบัติของกลุ่มสัญญา วิธีการเลือกคู่สัญญา การมีคำสั่งรับคำเสนอราคาของกลุ่มสัญญา การควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา และการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจกำหนด เปลี่ยนแปลง หรือปฏิเสธไม่ยอมรับข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวได้ อันแสดงให้เห็นถึงข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง<sup>66</sup>

กล่าวโดยสรุป สัญญาทางปกครองโดยสภาพเป็นสัญญาที่โดยลักษณะเนื้อหาของสัญญา มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง คือ มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง อันเป็นสัญญาที่อยู่ในแดนกฎหมายมหาชนในตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>67</sup>

### 3.1.3.2 การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินการจัดทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีอิสระที่จะทำสัญญากับเอกชนรายใดก็ได้ ซึ่งต่างจากการทำสัญญาทางแพ่งของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ ฝ่ายปกครองจึงถูกจำกัดเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาทางปกครองใน 2 ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา<sup>68</sup>

<sup>66</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2554

<sup>67</sup> หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 108-110). เล่มเดิม.

<sup>68</sup> จาก “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, โดย โทคิน 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 เมื่อคู่สัญญาบรรลุนิติประสงค์ตามสัญญา และโดยการบอกเลิกสัญญา ซึ่งในการเลิกสัญญาทางปกครองนั้นไม่อยู่ภายใต้ 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 โดยบางครั้งมีลักษณะเป็นเจ้าของ (prince) ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงถึงความเป็นอำนาจเหนือ และบางครั้งมีสถานะเป็นลูกค้า (client) ถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะแสดงออกว่าตนมีสถานะเป็นลูกค้าคนหนึ่งแต่ก็จะมีบางสิ่งที่ปรากฏอันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองนั้นมีลักษณะเป็นเจ้าของ”<sup>69</sup>

เอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เห็นได้ชัดเจนคือการกำหนดไว้ในข้อสัญญาให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะใช้อำนาจในการออกคำสั่งฝ่ายเดียวบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามบางอย่างเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองในระหว่างที่มีการปฏิบัติตามสัญญา เช่น อำนาจในการสั่งให้คู่สัญญายุติการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการชั่วคราว โดยไม่จำเป็นต้องมีการเตือนล่วงหน้า หรืออาจปรากฏในรูปของการให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแทรกแซงในการดำเนินกิจการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองสงวนสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาเช่าทรัพย์สินที่มีกับเอกชนฝ่ายเดียว หากปรากฏว่าฝ่ายเอกชนไม่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินของตนเอง และฝ่ายปกครองก็อาจสงวนสิทธิในการที่จะเข้าควบคุมบุคลากรของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งในการใช้เอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจทำให้เอกชนคู่สัญญาเกิดความเสียหายหรือสูญเสียประโยชน์บางประการได้

เอกลักษณ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นมิติหนึ่งของเอกลักษณ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพราะการยกเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขสัญญาในส่วนของระยะเวลาตามสัญญา ดังนั้น ฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ก็พื้นฐานเดียวกันกับที่ใช้พิจารณาอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ จะต้องมเหตุการ์ณที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะหรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ดังนั้น การยกเลิกสัญญาที่ขอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นมีความหลากหลายมาก ดังนั้น จึงไม่อาจจะกำหนดเหตุที่ถือว่าเป็นการยกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะได้<sup>70</sup>

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

<sup>70</sup> 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 แต่ศาลจะพิพากษาให้เอกชนมีสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเท่านั้น<sup>71</sup>

แต่อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าวนี้ยังมีข้อยกเว้น รวม 4 กรณี คือ<sup>72</sup>

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

<sup>71</sup> แหล่งเดิม. (น. 181-182).

<sup>72</sup> 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 ซึ่งเป็นการพิพากษาโดยคำนึงถึงเสถียรภาพของสัญญาทางปกครองและการเคารพเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ<sup>73</sup> ดังเช่น ในปี ค.ศ. 2011 สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยในคำพิพากษา ลงวันที่ 21 มีนาคม 2011 ในคดี *Commune de Béziers, n° 304806*<sup>74</sup> ซึ่งมีเนื้อหาว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อคัดค้านคำบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และขอให้ศาลสั่งให้สัญญามีผลบังคับใช้บังคับต่อไปได้ โดยศาลอาจกำหนดวันที่ให้สัญญามีผลบังคับใช้ต่อไป และอาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ หากผู้ฟ้องคดีมีคำขอศาลอาจมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้เลิกสัญญาฝ่ายเดียวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนได้

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

<sup>74</sup> 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*) ที่กฎหมายกำหนด<sup>75</sup>

กรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ประสบปัญหา รัฐมักจะมีการ “ซื้อคืน” (*rachat*) สัมปทาน โดยมีค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้รับสัมปทาน ซึ่งนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าเนื่องจากรัฐสามารถซื้อคืนสัมปทานได้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงไม่มีอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้<sup>76</sup> ซึ่งต่อมาศาลปกครอง รวมทั้งศาลคดีขัดกัน (*Tribunal des conflits*) ได้วางแนวทางยอมรับการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาสัมปทาน โดยพิจารณาพิพากษาถึงการเลิกสัญญาและการซื้อคืนสัมปทานว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในสัญญาสัมปทานได้

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

<sup>75</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 454). เล่มเดิม.

<sup>76</sup> 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)<sup>77</sup>

แหล่งที่มาของการใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นมีแหล่งที่มาในลักษณะเดียวกับเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะป็นกรณีที่มีบทกฎหมายกำหนดไว้ หรือมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา สำหรับกรณีที่ไม่มีกำหนดไว้ทั้งในข้อกฎหมายและข้อสัญญานั้น ยังคงมีข้อถกเถียงกันในทางวิชาการอยู่ ซึ่งในปี 1958 คดี Distilleris de Magnae – Laval สภาแห่งรัฐได้เขียนคำพิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า “ไม่ว่ากรณีใดก็ตามถือว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลในการยกเลิกสัญญาจัดซื้อพัสดุพิพาทภายใต้เงื่อนไขสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้เดือดร้อนเสียหาย โดยอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง”<sup>78</sup> แม้จะเป็นที่ยอมรับกันโดยส่วนใหญ่ว่า อำนาจการยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่รัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น หลักการพื้นฐานที่สนับสนุนข้อความคิดนี้คือ ฝ่ายปกครองไม่ควรจะต้องผูกพันอยู่กับสัญญาที่วัตถุประสงค์ของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่มีความประโยชน์อีกต่อไป หรือผูกพันกับข้อสัญญาที่ล้าสมัยไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของสาธารณชนได้ ดังนั้น บ่อเกิดหรือที่มาที่แท้จริงของอำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็คือ ข้อความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (intérêt public) หรือประโยชน์ส่วนรวม (intérêt général)<sup>79</sup> ซึ่งสภาแห่งรัฐได้เคยตัดสินโดยอ้างหลักดังกล่าวในคดี Commune de Mions ในปี 1964 ว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำเพื่อบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญานั้นเสียได้ หากเห็นว่าการยกเลิกเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม” ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมนี้จึงเป็นข้อความคิดที่ควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของฝ่ายปกครองในทุกประเภทแม้แต่การใช้เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง<sup>80</sup>

### 3.2.1.2 วิธีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ในกรณีที่มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ในข้อสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องการที่จะเลิกสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้อง

<sup>77</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 452-453). เล่มเดิม.

<sup>78</sup> ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (น. 171). เล่มเดิม.

<sup>79</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 451). เล่มเดิม.

<sup>80</sup> ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (น. 170). เล่มเดิม.

ดำเนินการภายใต้เงื่อนไขเดียวกับการทำสัญญาทุกประการ กล่าวคือ หากการทำสัญญาทางปกครองนั้นต้องผ่านความเห็นชอบจากองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่กำกับดูแล ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก่อนเช่นกัน<sup>81</sup>

3.2.1.3 การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ<sup>82</sup>

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 ภายหลังจากสถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ไม่สงบอื่น ๆ รัฐต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งเฉพาะความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดกำไรด้วย นอกจากนี้ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้เต็มจำนวนความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายทั้งปวงเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยให้เพียงส่วนที่ตนกระทำเท่านั้น

การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องแสดงให้เห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากผู้ฟ้องคดี

<sup>81</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 453). เล่มเดิม.

<sup>82</sup> ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (น. 188-189). เล่มเดิม.

ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าภาระที่ตนต้องรับเพิ่มขึ้นหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงของการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ศาลก็ไม่อาจสั่งให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

3.2.2 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในประเทศเยอรมัน ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์และมีอำนาจบังคับการตามสัญญาได้เองในหลาย ๆ เรื่อง โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องต่อศาลเพื่อให้บังคับตามสัญญา แต่ในระบบสัญญาของประเทศเยอรมันนั้นมุ่งไปยังการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับเอกชน ระบบกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดว่าสัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน ฝ่ายรัฐมิได้มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญา การบังคับตามสัญญาคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบังคับได้เองก็ต่อเมื่อเอกชนคู่สัญญาได้ให้ความยินยอมไว้ หากไม่มีการให้ความยินยอมไว้ดังกล่าว การบังคับตามสัญญาจะต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งต่างจากกรณีคำสั่งทางปกครองที่หากผู้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตาม ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะบังคับตามคำสั่งได้แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยกำหนดให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นว่าเป็นกรณีที่จะเกิดภัยอันตรายร้ายแรงต่อสาธารณะ ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ ซึ่งเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น<sup>83</sup>

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

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

ทางปกครองเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อขจัดผลเสียอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นต่อส่วนรวม<sup>84</sup> อันมีลักษณะเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว<sup>85</sup>

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 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นการเหมาะสมและเพียงพอและมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาและมีความสมเหตุสมผลมากกว่าการเลิกสัญญาทางปกครองตามหลักความได้สัดส่วน<sup>86</sup>

หลักกฎหมายซึ่งอยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง ตามนัยมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG คือ หลักการให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Schutz des Gemeinwohls) หรือการบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายมหาชน<sup>87</sup>

<sup>84</sup> รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 146-147). เล่มเดิม.

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

<sup>86</sup> แหล่งเดิม.

<sup>87</sup> แหล่งเดิม.

### 3.2.2.2 วิธีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

การเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวตามมาตรา 60 (1) และประโยคที่สอง VwVfG นั้นเป็นการแสดงเจตนาซึ่งจำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา<sup>88</sup> และหากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นจะต้องทำเป็นหนังสือ การบอกเลิกสัญญาทางปกครองด้วยวาจาไม่ผลทำให้การเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ได้มีการจัดทำเป็นหนังสือในภายหลัง การเลิกสัญญาทางปกครองจะมีผลสมบูรณ์เมื่อการบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็นหนังสือนั้นได้ไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยจะระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วยก็ได้

### 3.2.2.3 การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

บทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง<sup>89</sup> VwVfG มาใช้บังคับได้โดยอนุโลม ซึ่งอาจเทียบได้กับมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของประเทศไทย กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการเลิกสัญญาทางปกครองมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้ แต่ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ไม่ได้บัญญัติถึงผลภายหลังของการเลิกสัญญาทางปกครอง เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยให้เรื่องการชดใช้ความเสียหายเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาในแต่ละกรณี ๆ ไป อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า เนื่องจากการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะ

<sup>88</sup> รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 146-147). เล่มเดิม.

<sup>89</sup> กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG)

มาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง

“ในกรณีที่มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ตาม (2) เลขที่ 3 ถึงเลขที่ 5 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว 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) มาใช้บังคับ<sup>90</sup>

### 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 ปี<sup>91</sup> ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกสัญญากับกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นการกำหนดไว้ในบทบัญญัติ ของกฎหมาย หรือกรณีอาจมีการกำหนดเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐไว้ในข้อสัญญาของสัญญา ทางปกครอง ซึ่งโดยปกติลักษณะของข้อกำหนดดังกล่าวหากกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งธรรมดา

<sup>90</sup> หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 31-32). เล่มเดิม.

<sup>91</sup> จาก สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 110-112), โดย สุรพงษ์ กลั่นประชา, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.



อาจทำให้ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน

การให้เอกสิทธิ์แก่รัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดตามสัญญา ถือเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ เนื่องจากสัญญาทางปกครอง เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ หากวัตถุประสงค์ตามสัญญา ทางปกครองนั้นไม่ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล หรือการดำเนินการตามสัญญา ทางปกครองต่อไปจะเป็นการสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประเทศชาติ หรือต่อทรัพยากร สิ่งแวดล้อม หากรัฐไม่สามารถยกเหตุเหล่านี้ในการเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดได้ การดำเนินการตามสัญญาทางปกครองต่อไป ย่อมจะนำมาซึ่งความเสียหายต่อประโยชน์มหาชน ตัวอย่างเช่นในอดีตเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2511 รัฐบาลไทยได้มีการให้สัมปทานในการสำรวจ และขุดแร่ในทะเลไทยให้กับบริษัทต่างชาติ ชื่อบริษัทเทมโก (TEMCO) ซึ่งสร้างความเสียหาย ต่อทรัพยากรธรรมชาติและนำมาซึ่งการชุมนุมคัดค้านสัมปทานดังกล่าว จนในที่สุดประมาณ ปี พ.ศ. 2519 รัฐบาลจึงต้องสั่งยกเลิกสัมปทานของบริษัทเทมโก<sup>92</sup> ซึ่งในเวลานั้นหากรัฐบาล ไม่ตัดสินใจยกเลิกสัมปทานดังกล่าวอาจสร้างความเสียหายทั้งต่อทรัพยากรธรรมชาติและอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นของสังคมในขณะนั้น

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

<sup>92</sup> 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 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงขอแต่จะฟ้องขอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น

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 และมีพฤติการณ์ดื้อสุรานั้น 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 คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองและผู้ฟ้องคดีมิได้ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน แต่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครอง

มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือแจ้งการบอกเลิกสัญญาที่พิพาท กรณีจึงเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาต่อไป ศาลปกครองจึงมีอำนาจกำหนดคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น จึงมีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 641/2554 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นว่า ตามคำขอบังคับของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ขอให้ศาลเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ถือเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาต่อไป 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 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>93</sup> ซึ่งถ้าหากไม่มีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวแล้ว ก็จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ มิใช่ว่าจะเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ<sup>94</sup>

#### 1.1.1 สิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมาย

สิทธิในการเลิกสัญญาทางแพ่งฝ่ายเดียวตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แยกเป็น สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติทั่วไป และสิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติเฉพาะ<sup>95</sup>

สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติทั่วไปตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่

สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้<sup>96</sup> สิทธิเลิกสัญญากรณีนี้สามารถที่จะใช้ได้ทั้งกับการชำระหนี้ที่มีกำหนดเวลา แต่เวลาในการชำระหนี้นั้นมีใช้สาระสำคัญโดยเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาทันทียังไม่ได้ เจ้าหนี้จะต้องกำหนดเวลาตามสมควร แล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา นั้น หากลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญา และอีกกรณี คือ กรณีการชำระหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งกรณีนี้หากเจ้าหนี้ได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาทันทียังไม่ได้ เจ้าหนี้จะต้องกำหนดเวลาตามสมควรระยะหนึ่งแล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา นั้นก่อน หากลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญา โดยการไม่ชำระหนี้นี้หมายถึงทั้งการไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิงหรือบางส่วน และไม่ว่าจะเป็นหนี้ประธานหรือหนี้อุปกรณ์ เช่น ดอกเบี้ย เป็นต้น<sup>97</sup>

<sup>93</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 386 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา หรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำได้ด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>94</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5876/2541

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

<sup>96</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 387.

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

สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ตามเวลาในกรณีเป็นเวลาเป็นสาระสำคัญ<sup>98</sup> การที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้โดยไม่ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนนั้น จะต้องเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามเวลาเป็นสาระสำคัญ โดยพิจารณาจากสภาพของการชำระหนี้ที่ตนเองหรือโดยเจตนาของคู่สัญญา และการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวนี้ มิได้หมายความว่าไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญา แต่หมายความว่าเจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดเวลาแล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนเท่านั้น แต่หากคู่สัญญาต้องการให้สัญญาเลิกกันคู่สัญญายังคงต้องใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา มิได้หมายความว่าสัญญาเลิกกันโดยอัตโนมัติ

สิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้<sup>99</sup> การชำระหนี้พ้นวิสัย หมายถึงการชำระหนี้ตามสัญญานั้น ไม่อยู่ในวิสัยที่จะทำได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ที่สำคัญการชำระหนี้ที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำได้จำเป็นต้องเป็นความผิดของลูกหนี้เท่านั้น ดังนั้น หากการชำระหนี้พ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ไม่ได้ แต่โทษเจ้าหนี้ได้ หรือเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้

สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติเฉพาะตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยกตัวอย่างเช่น<sup>100</sup>

กรณีสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าในสภาพที่ไม่เหมาะแก่การใช้ประโยชน์<sup>101</sup> หรือเมื่อผู้ให้เช่าไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่เช่าให้คืนสภาพในเวลาอันสมควร<sup>102</sup> กรณีผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้เช่าฝ่าฝืนหน้าที่โดยนำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่า<sup>103</sup>

กรณีสัญญาเช่าซื้อ เมื่อผู้เช่าไม่ชำระเงินสองงวดติด ๆ กัน หรือผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้<sup>104</sup>

กรณีสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อมีการโอนสิทธิของนายจ้างหรือโอนหน้าที่ของลูกจ้างโดยอีกฝ่ายไม่ยินยอม ผู้ไม่ฝ่าฝืนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้<sup>105</sup> และกรณีเมื่อลูกจ้างไร้ฝีมือทั้งที่แสดงว่ามีฝีมือ นายจ้างบอกเลิกจ้างได้<sup>106</sup>

<sup>98</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 388.

<sup>99</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 389.

<sup>100</sup> คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 465-466). เล่มเดิม.

<sup>101</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 548.

<sup>102</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 541.

<sup>103</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 554.

<sup>104</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 574.

กรณีสัญญาขี้ม ผู้ให้ขี้มบอกเลิกสัญญาเมื่อผู้ขี้มฝ่าฝืนหน้าที่ในการใช้ทรัพย์สินหรือไม่สงวนรักษาทรัพย์สิน<sup>107</sup> เป็นต้น

ในการเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิจะต้องใช้สิทธินั้นด้วย สัญญาจึงจะถือว่าเลิกกัน ซึ่งการใช้สิทธินี้ทำโดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าต้องการจะเลิกสัญญา ซึ่งการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญานั้นเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง จึงยอมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนาอันจะมีผลเป็นการบอกเลิกสัญญา ก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา เหตุที่ต้องมีการใช้สิทธิเพื่อบอกเลิกสัญญานั้น เนื่องจากบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ในการเลิกสัญญา มักจะใช้ถ้อยคำว่า “จะเลิกสัญญาเสียได้” แสดงว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิจะไม่เลิกสัญญาก็ได้ แล้วแต่จะพิจารณาว่าจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นยังพอที่จะรักษาความสัมพันธ์ต่อไปได้หรือไม่ ซึ่งจะเห็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลัง คือ หลักการรักษาสัญญา (principio di conservazione del contratto) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งจะเปิดโอกาสให้คู่สัญญารักษาสัญญา หรือนิติสัมพันธ์ที่ได้สร้างขึ้นเอาไว้ให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ โดยไม่ต้องการให้สัญญาเลิกกันไปโดยง่าย อันจะส่งผลให้เกิดการสูญเสียในทางเศรษฐกิจ<sup>108</sup>

### 1.1.2 สิทธิตามข้อสัญญา

สิทธิการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้นเป็นการรับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาของคู่สัญญาว่า คู่สัญญาจะระบุนว่ากรณีใดบ้างที่ทำให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญากันก็ได้ ครอบคลุมที่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>109</sup> ซึ่งสิทธิเลิกสัญญานี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญาเดิม จะทำสัญญากันใหม่ภายหลังก็ได้ และสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้อาจกำหนดไว้สำหรับกรณีการผิดสัญญา แม้เพียงเล็กน้อยก็ได้

<sup>105</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 577.

<sup>106</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 578.

<sup>107</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 645.

<sup>108</sup> คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 467-468). เล่มเดิม.

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

## 1.2 ผลทางกฎหมายและการชดเชยค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

ตามมาตรา 391 บัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำไปและเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดเชยคืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามิกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

ในการทำสัญญาคู่สัญญาได้รับอะไรจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าได้รับทรัพย์สินก็ต้องคืนทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ได้รับมาหรือมีการโอนให้กัน เมื่อมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยที่จะคืนให้กันก็ให้ชดเชยค่าเสียหายให้กัน<sup>110</sup>

กรณีการให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะดังเดิมก่อนที่จะทำสัญญา เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาส่งผลให้สัญญาระงับย้อนหลังไปตั้งแต่วันทำสัญญา ฐานที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป กฎหมายจึงกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการคืนสิ่งที่แต่ละฝ่ายได้รับไว้ให้กับอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด ถ้าได้รับทรัพย์สินก็ต้องคืนทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ได้รับมาหรือมีการโอนให้กัน เมื่อมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยที่จะคืนให้กันก็ให้ชดเชยค่าเสียหาย<sup>111</sup> ในกรณีที่เป็น การคืนเงินต้องคืนพร้อมดอกเบี้ย โดยคิดตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่หากในสัญญามีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าในอัตราสูงกว่านั้นอาจกลายเป็นเรื่องเบียดเบียน สำหรับการทำงานที่ทำไปแล้วซึ่งหากเป็นกรณีที่โดยสภาพไม่อาจคืนให้แก่กันได้ หรือไม่อาจทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ต้องใช้เป็นเงินให้แทน และรวมถึงกรณีถ้าการใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นเรื่องที่ใช้ไปแล้ว ทำให้กลับคืนกันไม่ได้ ก็ต้องใช้เงินให้แทนในอัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญาเช่นกัน

การบอกเลิกสัญญาไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน

<sup>110</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 342-348), โดย อัครวิทย์ สุมาวงศ์, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

<sup>111</sup> แหล่งเดิม



เพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม การเลิกสัญญาไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกเอาค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ซึ่งรวมถึงมัดจำหรือเบี้ยปรับที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเอาจากลูกหนี้จากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้<sup>112</sup>

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

การเลิกสัญญาไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอก เนื่องจากก่อนที่จะมีการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น นิติสัมพันธ์ตามสัญญายังมีอยู่โดยสมบูรณ์ทุกประการ หากใครได้อะไรไปจากสัญญาก็ถือว่าได้ไปโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย และสามารถอาศัยอำนาจตามกฎหมายโอนต่อไปยังบุคคลภายนอกได้ บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนไปก็ถือว่าได้ไปโดยมีมูลจะอ้างได้ตามกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น การบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาจึงไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้สิทธิไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วแต่อย่างไร<sup>113</sup>

## 2) การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

### 2.1 เหตุและแหล่งที่มาของการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้อาจเกิดจากการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญาซึ่งไปกว่านั้น ตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองยังมีการยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวแม้ไม่มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือในข้อสัญญาก็ตาม

#### 2.1.1 เอกสิทธิ์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย

บทกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางปกครอง เช่น

กรณีสัญญาสัมปทานป่าไม้ ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ได้กำหนดให้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานป่าไม้ เพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อน

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

<sup>113</sup> คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (น. 476-477). เล่มเดิม.

ชลประทาน หรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจสั่งการให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่กันล้นสุดลงทิ้งแปลง หรือให้หยุดทำกิจการที่ได้รับสัมปทานชั่วคราว หรือสั่งตัดพื้นที่สัมปทานได้ตามกฎหมายป่าไม้ ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบังคับต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยที่ฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน<sup>114</sup>

กรณีตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตรี ได้กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมมีอำนาจเรียกอาชญาบัตรแร่ ประทานบัตรแร่ชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว เมื่อมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทาน ในเขตอาชญาบัตรแร่ หรือประทานบัตรแร่ชั่วคราว ความจำเป็นในการแก้ไขนี้ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในกิจการสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ อันเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานของสัญญาได้เพียงแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน<sup>115</sup>

กรณีตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 22 ได้กำหนดให้รัฐมีอำนาจเข้ายึดครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนอายุสัมปทานสิ้นอายุได้ เมื่อมีเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

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

<sup>114</sup> สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 106-107). เล่มเดิม.

<sup>115</sup> จาก เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 55), โดย อภิชาติ แจ่มบุล , 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

กรณีตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 53 ซึ่งกำหนดไว้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ 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 แต่จะกระทำได้ดีด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ สำหรับเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะลิ่ง เนื่องจากที่ประชุมคณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือท่ามะลิ่ง เห็นว่าค่าตอบแทนที่ผู้ฟ้องคดีให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นอัตราที่ต่ำมาก และไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง 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 เอกสิทธิ์ที่ไม่มีกำหนดในบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อสัญญา

โดยลักษณะธรรมชาติของสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชน ซึ่งแม้จะไม่ได้มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในข้อสัญญาก็ตาม กรณีหากมีเหตุจำเป็นสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หรือกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาหมดความจำเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็สามารถใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาคือประโยชน์มหาชนในการปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายปกครองจึงสงวนเอกสิทธิ์บางประการซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชนที่เป็นของรัฐโดยธรรมชาติซึ่งรัฐไม่อาจสละได้ ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้<sup>116</sup>

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้มีการยอมรับการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยที่ไม่มีกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายและหรือในข้อสัญญา ยกตัวอย่างเช่น

<sup>116</sup> สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย ( น.125). เล่มเดิม.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556 การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลคูขงญอ) 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 โดยที่ไม่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดไว้ นั้น อาจจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเข้าทำสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน<sup>117</sup> เมื่อฝ่ายรัฐใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองกับฝ่ายเอกชน โดยที่เอกชนมิได้กระทำผิดสัญญา ทำให้ฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย อาจจะทำให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจจากฝ่ายรัฐ อย่างไรก็ตาม ตามหลักกฎหมายปกครองถือว่า กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ และเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุวัตถุประสงค์<sup>118</sup>

## 2.2 การเยียวยาความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

กรณีหากมีการกำหนดหลักการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไว้ในบทกฎหมายเฉพาะหรือในข้อสัญญาทางปกครอง การเยียวยาความเสียหายให้กับเอกชนดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือข้อสัญญานั้น แต่ในกรณีที่ไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไว้เป็นการเฉพาะนั้น จากการศึกษาพบว่า ได้มีการนำหลักการชดเชยค่าเสียหายตามกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าว

แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้มีการนำหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาเยียวยาความเสียหายให้กับกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ยกตัวอย่างเช่น

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

<sup>117</sup> เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง (น. 84-85). เล่มเดิม.

<sup>118</sup> ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 229). เล่มเดิม.



ผู้ผูกฟองคดีจึงมีหน้าที่ต้องให้ผู้ผูกคดีกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการใช้เงินตามค่าแห่งการงานของผู้ผูกคดี เมื่อค่าซื้อเอกสารประกวดราคาและค่าเดินทางมาซื้อรูปแบบรายการก่อสร้างนั้นเป็นค่าใช้จ่ายก่อนสัญญาเกิดขึ้น ผู้ผูกฟองคดีจึงไม่มีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบผู้ผูกคดีในส่วนนี้ ส่วนค่าคำนวณแบบและตรวจสอบชั้นดินนั้น เป็นค่าใช้จ่ายจากการงานที่ผู้ผูกคดีได้ทำให้แก่ผู้ผูกคดีหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ผู้ผูกฟองคดีจึงมีหน้าที่ต้องใช้เงินค่าการงานดังกล่าวให้แก่ผู้ผูกคดี ตามมาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับค่าเสียหายจากการที่ผู้ผูกคดีถูกบริษัท พ. ธิบเงินมัดจำค่าตั้งซื้อวัสดุก่อสร้างนั้น เห็นว่า เมื่อมีการทำสัญญาผู้ผูกคดีก็ต้องมีการเตรียมการตั้งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างรอไว้เพื่อทำการก่อสร้าง แม้สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างระหว่างผู้ผูกคดีกับบริษัท พ. จะเป็นการทำขึ้นหลังจากที่ผู้ผูกคดีได้ส่งหยุดงานไปแล้ว แต่สัญญาระหว่างผู้ผูกคดีกับผู้ผูกคดีก็ยังคงอยู่มิได้เลิกกัน ในระหว่างที่ผู้ผูกคดีหยุดงานและรอเข้าไปทำงานนั้น การที่ผู้ผูกคดีไปตั้งซื้อวัสดุก่อสร้างรอไว้เพื่อเตรียมการก่อสร้าง จึงเป็นการกระทำตามปกติของบุคคลที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา เมื่อผู้ผูกคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ผูกคดี จึงทำให้ผู้ผูกคดีไม่มีเงินไปชำระค่าตั้งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้าง และทำให้ผู้ผูกคดีถูกริบเงินมัดจำตามสัญญาซื้อขายดังกล่าว การบอกเลิกสัญญาของผู้ผูกคดีจึงทำให้ผู้ผูกคดีได้รับความเสียหาย ผู้ผูกฟองคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ผูกคดีตามมาตรา 391 วรรคสี่ ประกอบมาตรา 222 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากยกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติดสัญญา ประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ดังนั้น เมื่อผู้ผูกคดีกล่าวอ้างว่าได้ลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดซื้อวัสดุครุภัณฑ์ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการ เมื่อได้มีการเลิกสัญญาแล้ว ผู้ผูกคดีในฐานะคู่สัญญาจึงกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมมิสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์ เครื่องมือ เครื่องใช้ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ผูกคดีที่ 1 แต่ผู้ผูกคดีมิได้บรรยายในคำฟ้องว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีรายการใดบ้าง หรือคิดค่าเสียหาย ในส่วนนี้เป็นจำนวนเงินเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงมีอาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ผูกคดีได้



จากการพิจารณาเปรียบเทียบสิทธิการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่งและการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างในสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) สิทธิในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ หากปรากฏว่ามีเหตุตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองนั้นเป็นเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ แต่เพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจอ้างความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้

2) สิทธิการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่งมักจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ตามสัญญา แต่ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีได้กระทำผิดสัญญา

3) สิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่งต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือข้อสัญญากำหนดรับรองไว้ แต่เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือข้อสัญญากำหนดไว้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีเอกสิทธิ์ดังกล่าวโดยถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐตามหลักกฎหมายทั่วไป

4) ตามหลักการชดเชยค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องเป็นฝ่ายชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญา แต่ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น แม้จะถือว่าคุณสัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์โดยชอบในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยไม่ถือเป็นการผิดสัญญาก็ตาม แต่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำต้องชดเชยความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

ตามที่ได้กล่าวมาในบทที่แล้วว่า เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น อาจเกิดจากการบัญญัติไว้ในบทกฎหมาย หรือกรณีอาจมีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในข้อสัญญาทางปกครอง ยิ่งไปกว่านั้นความเห็นของนักนิติศาสตร์ และตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองยังมีการยอมรับว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้แม้ไม่มีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมาย หรือมิได้มีข้อสัญญากำหนดไว้ โดยถือว่าเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวยังมีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป กรณีจึงอาจเกิดปัญหาว่าการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือในข้อสัญญานั้น อาจส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ว่าในการดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวควรมีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด และปัญหาว่าในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งส่งผลกระทบต่อเอกชนคู่สัญญาโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่มีการกำหนดไว้ในบทกฎหมายหรือข้อสัญญา รวมถึงกรณีที่ไม่มีการกำหนดไว้เช่นนั้นก็ตาม ควรจะมีการกำหนดหลักประกันหรือแนวทางในการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาที่ได้รับ ความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือไม่ อย่างไร และรวมถึงปัญหาว่า หากปรากฏในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า การเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือข้อสัญญา นอกจากการชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาแล้ว หากเอกชนคู่สัญญาดังกล่าวประสงค์ที่จะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ศาลควรมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษากรณิดังกล่าวเช่นไร ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์สภาพปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ รวมถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน

#### 4.1 ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐโดยที่ไม่มีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายหรือกำหนดไว้ในข้อสัญญาและแนวทางแก้ไขปัญหา

##### 4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐโดยที่ไม่มีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายหรือกำหนดไว้ในข้อสัญญา

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจำเป็นต้องมีเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล เพราะหากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเกิดขึ้น เช่น เกิดภัยพิบัติธรรมชาติ หรือเกิดปัญหาทางด้านเศรษฐกิจ อันมีผลให้สัญญาทางปกครองนั้นไม่มีความจำเป็นในการบริการสาธารณะอีกต่อไป หรือกรณีอาจเป็นการสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสาธารณะ รัฐย่อมนำเอกสิทธิ์ของรัฐดังกล่าวมาใช้บังคับต่อคู่สัญญาได้ ซึ่งในปัจจุบันระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยได้มีการบัญญัติเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ เช่น ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ได้กำหนดให้รัฐมีอำนาจสั่งการให้หยุดทำกิจการที่ได้รับสัมปทานป่าไม้ชั่วคราวหรือสั่งตัดพื้นที่สัมปทานได้ตามกฎหมายป่าไม้ ในกรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ในเขตสัมปทานป่าไม้ เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับต่อสัญญาบางประเภทที่อยู่ในกรอบของกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ และอีกด้านหนึ่งได้ปรากฏแหล่งที่มาในการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ โดยการกำหนดไว้ในข้อสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจรวมถึงการนำเอกสิทธิ์ที่มีการกำหนดไว้ในบทกฎหมายเฉพาะดังกล่าวมากำหนดไว้ในข้อสัญญาด้วย เช่น ตามข้อ 3 ของสัญญาฝากเก็บ แปรสภาพและจัดจำหน่ายข้าวตาม โครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี ปีการผลิต 2546/2547 ระหว่างผู้ฟ้องคดี (องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร) กับผู้ถูกฟ้องคดี มีข้อกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาโดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ จากผู้ฟ้องคดีทั้งสิ้น กรณีจึงมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล<sup>1</sup> เป็นต้น กรณีดังกล่าวหากมีการกำหนดเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาไว้ในทุกสัญญาทางปกครองนั้นก็คงจะเป็นเรื่องที่ดี เพื่อที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้รับรู้ถึงเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าว และมีหลักเกณฑ์แนวทางที่ชัดเจนในการใช้เอกสิทธิ์ให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่ในลักษณะสภาพของการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้น การจะกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในทุกสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนคงจะเป็นการยาก เพราะการจะกำหนดเอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในทุกสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ก็อาจทำให้สัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นการให้เอกสิทธิ์ต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก ทั้งที่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนบางสัญญาอาจไม่มีความเกี่ยวข้อง

<sup>1</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2551

กับการบริการสาธารณะโดยตรงแต่อย่างใด หรือหากจะพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางแพ่งก็จะทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ เพราะจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้นการที่รัฐจะกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในข้อสัญญาของรัฐ ก็ควรจะตั้งขึ้นอยู่กับลักษณะสภาพของสัญญานั้น ๆ รวมถึงกิจกรรมที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจจะทำให้ไม่สามารถกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวลงไปได้ในทุกสัญญาของรัฐ

แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันที่รัฐมีความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น และมีรูปแบบที่มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะจึงถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้นตามไปด้วย และเมื่อรัฐมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งส่งผลให้รัฐจำเป็นต้องเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดโดยที่เอกชนคู่สัญญาไม่มีความผิดเกิดขึ้น กรณีหากไม่มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือในข้อสัญญาอาจจะส่งผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐได้ ซึ่งในปัจจุบันพบว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้มีการยอมรับว่า ตามหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง รัฐย่อมมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ แม้ไม่มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือในข้อสัญญาก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556 ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลชางญอ) ได้ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีก่อสร้างประปาชนบท ขนาด 100 คริวเรือน ที่บ้านชางญอ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีโดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ได้ การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญาเพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ เพราะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้จะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 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 ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหาร

ราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ขออนุมัติก่อนนี้ผูกพันเกินกว่าหนึ่งปีงบประมาณต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้ว่าราชการจังหวัดหนองคาย) เนื่องจากงบประมาณของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในปีงบประมาณไม่เพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้างได้ตามสัญญา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่อนุมัติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี กรณีดังกล่าว แม้สัญญาพิพาทจะมีได้มีข้อกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้าง แต่เมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาถือว่าปัญหาทางการเงินที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องบริหารจัดการเพื่อให้มีเงินงบประมาณเพียงพอสำหรับการดำเนินกิจการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเห็นได้ว่าการบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เป็นต้น

ปัญหาว่า กรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวอันเป็นการกระทำที่เป็นการทำลายเจตนาของคู่สัญญาโดยที่ไม่มีการรับรองเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในข้อสัญญา อาจส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าในการดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวควรมีหลักเกณฑ์แนวทางหรือขอบเขตแค่ไหน เพียงใด อันจะทำให้เอกชนไม่มีหลักประกันความมั่นคงในการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐ รัฐหรือองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย การใช้อำนาจของรัฐจำต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง การเข้าทำสัญญาทางปกครองของฝ่ายรัฐ รวมถึงการกระทำหรือใช้สิทธิต่าง ๆ ตามสัญญา รัฐจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่น ๆ เช่นกัน อันจะเป็นหลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และกรณีกลับกันในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือข้อสัญญากำหนดเรื่องเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ อาจส่งผลให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวเกิดข้อขัดข้องในการดำเนินการ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของฝ่ายปกครองได้

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ โดยที่ไม่มีบทกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดไว้ ซึ่งสมควรที่จะนำมาเป็นกรณีศึกษา คือ กรณีปัญหาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาสัมปทานป่าไม้<sup>2</sup> เนื่องจากเหตุอุทกภัยในภาคใต้ครั้งร้ายแรง เมื่อปี พ.ศ. 2531 ซึ่งมีสภาพปัญหาเรื่องการลักลอบตัดไม้ทำลายป่า ทำให้มีไม้ซุงจำนวนมากไหลมากับน้ำ เข้าทำลายชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน ซึ่งเชื่อว่ามีสาเหตุมาจากการลักลอบตัดไม้ทำลายป่า หรือมีการรู้เห็นเป็นใจของผู้รับสัมปทาน ทำให้รัฐบาลต้องพิจารณาหามาตรการทั่วไป เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างรวดเร็ว แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายปกครองที่ให้เอกสิทธิ์ แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาทางปกครองซึ่งรวมถึงสัมปทานป่าไม้ ก่อนครบอายุ สัมปทานได้ รัฐบาลจึงต้องมีการออกกฎหมายให้อำนาจดังกล่าว ในขณะที่รอการจัดทำกฎหมาย รัฐจึงต้องมีมาตรการเพื่อระงับการทำไม้ชั่วคราวโดยได้มีการออกคำสั่งนายกรัฐมนตรี ที่ 1/2531 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2531 เรื่อง กำหนดมาตรการเพื่อรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมบริเวณภาคใต้ ของประเทศโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2528 ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการตัดไม้ทำลายป่า หรือใช้ไม้อย่างไม่ถูกต้อง ทำให้ป่าสิ้นไป รวมถึงผู้รับสัมปทานที่ลักลอบตัดไม้หรือทำผิดเงื่อนไขสัมปทาน ต่อมา รัฐบาลได้มีการออก พระราชกำหนดให้อำนาจเลิกสัมปทานและจำกัดความรับผิดชอบทางแพ่ง จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พ.ศ. 2532 และพระราชกำหนด แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พ.ศ. 2532 โดยพระราชกำหนดฉบับแรก ได้บัญญัติเพิ่มเติม เรื่องการตั้งแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัมปทานและการสิ้นสุดของสัมปทาน โดยเพิ่ม เหตุแห่งการสิ้นสุดของสัมปทานว่า “...เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” ซึ่งมีความหมายครอบคลุม เหตุต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ก่อนและเหตุอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ด้วย และเมื่อมีการออกพระราชกำหนด ทั้งสองฉบับดังกล่าวแล้วย่อมมีผลบังคับสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาทั้งในเรื่องการเลิกสัมปทาน และสิทธิได้รับเงินชดเชยความเสียหายซึ่งต้องเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาและตามบทบัญญัติ ของพระราชกำหนดดังกล่าว แม้ต่อมาพระราชกำหนดดังกล่าวจะไม่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาและตกไป ก็ไม่ทำให้สัมปทานที่ถูกยกเลิกไปแล้วกลับมีขึ้นมาใหม่ เนื่องจากตามมาตรา 157 ของรัฐธรรมนูญ

<sup>2</sup> จาก “ปัญหาและข้อสังเกตบางประการ เกี่ยวกับการเลิกสัมปทานป่าไม้”, โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2532, *วารสารอัยการ*, 11, 132, น. 49-60.

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ซึ่งมีผลใช้บังคับในขณะนั้น ได้บัญญัติให้การที่พระราชกำหนด ตกไปนั้น ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น<sup>3</sup>

จากกรณีตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือข้อสัญญา กำหนดให้เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ อาจส่งผลให้ การดำเนินการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเกิดข้อขัดข้อง ซึ่งอาจไม่ทันต่อ เหตุการณ์ หรือความจำเป็นต่อการบริการสาธารณะ

จากการศึกษาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของต่างประเทศพบว่า ในระบบกฎหมาย สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญา ทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง ซึ่งเป็นการให้เอกสิทธิ์คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายเดียว กรณีที่มีเหตุเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจจะเกิดขึ้น และไปกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ<sup>4</sup> โดยกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรวมถึงการกระทำทางปกครองในรูปแบบ ของสัญญาทางปกครอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีผลครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท และในมาตรา 60 (2) แห่งกฎหมายดังกล่าว ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของการบอกเลิกสัญญา ทางปกครองกรณีดังกล่าว โดยให้จัดเป็นหนังสือตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ทำให้ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นการดำเนินการที่มีกฎหมาย รองรับ และส่งผลให้เกิดความชัดเจนทั้งต่อคู่สัญญาและต่อสาธารณะ และรวมถึงในกฎหมายดังกล่าว ยังได้มีการบัญญัติกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการเลิกสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุ อันเนื่องมาจากการที่ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมหรือบทกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการ กำหนดเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่มีการทำ สัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่งด้วยเช่นกัน

<sup>3</sup> จาก สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผล ของสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 143-147), โดย กฤษณ์เทพ ทองสิน, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>4</sup> จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (น. 30-33), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด.



#### 4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากสภาพปัญหาการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยที่ไม่มีการบัญญัติไว้ในบทกฎหมายหรือกำหนดไว้ในข้อสัญญาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า แม้ในปัจจุบันระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยจะมีการยอมรับในเรื่องของ เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่ามีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี หากมีการบัญญัติ รับรองเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง โดยให้มีผล ครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานกลางเกี่ยวกับการ ใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยในเนื้อหาของกฎหมายควรบัญญัติเกี่ยวกับเหตุผล ความจำเป็น และรูปแบบวิธีการในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังเช่นระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันที่ได้มีการบัญญัติรับรองเอกสิทธิ์ ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ค.ศ. 1976 ดังนั้น กรณีหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวมาข้างต้น ย่อมจะส่งผลให้การใช้ออกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเกิดความชัดเจน ทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน อันจะเป็นหลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เป็นอย่างดี อีกทั้ง ก็จะเป็นแนวทางในการควบคุมตรวจสอบของศาล ต่อไป

ในการนี้ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่โดยที่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยสัญญา ทางปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น จึงควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหมวดที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายเดียวไว้ในหมวดดังกล่าว โดยบัญญัติรับรองเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญา ทางปกครองฝ่ายเดียว โดยระบุเหตุผลความจำเป็น รวมถึงรูปแบบวิธีการของการใช้ออกสิทธิ์ ในการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว โดยให้มีผลครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินการใช้ออกสิทธิ์ดังกล่าวทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน ดังนี้

## หมวด .. สัญญาทางปกครอง

...

“มาตรา .. คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้  
ในกรณีที่อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ หรือต่อประชาชน  
อันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองตามวรรคหนึ่งให้ทำเป็นหนังสือโดยระบุเหตุผล  
ความจำเป็นไว้ด้วย”

### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและแนวทางแก้ไข้ปัญหา

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้  
เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

โดยที่ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทย มิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร  
ที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ มีเพียงแต่การกำหนดนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง”  
ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ  
กำหนดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ใน  
มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาสาระ  
ของหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ยังไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด  
ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการ  
พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว จึงมีการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง  
และพาณิชย์ มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของสัญญาทางปกครอง

การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการใช้  
เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น กรณีหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์  
การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวไว้ในกฎหมายเป็นการเฉพาะ หรือมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา  
การพิจารณาเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ก็ควรที่จะมีการดำเนินการ  
ตามหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือข้อสัญญานั้น แต่กรณีที่  
ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในบทกฎหมายหรือข้อสัญญานั้นพบว่า ศาลปกครองได้มี  
แนวทางในการพิจารณาพิพากษาโดยการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง  
และพาณิชย์มาใช้บังคับ ซึ่งหลักทั่วไปเกี่ยวกับการเลิกสัญญาในสัญญาทางแพ่งได้กำหนด

ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญา โดยให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจำต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม และคู่สัญญาที่เสียหายอาจใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาได้<sup>5</sup>

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.429/2556 คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลชงขง) บอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีโดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ได้ การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญาเพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้รับจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เพราะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหลังการเลิกสัญญานั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ก่อสร้างประปาชนบทและผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่จ่ายเงินค่าก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี และปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เตรียมการก่อสร้างไปบางส่วนแล้ว ซึ่งการเตรียมการก่อสร้างดังกล่าวถือเป็นการงานที่ผู้ฟ้องคดีทำให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการใช้เงินตามค่าแห่งการงานของผู้ฟ้องคดี เมื่อค่าซื้อเอกสารประกวดราคาและค่าเดินทางมาซื้อรูปแบบรายการก่อสร้างนั้นเป็นค่าใช้จ่ายก่อนสัญญาเกิดขึ้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ต้องรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้ ส่วนค่าคำนวณแบบและตรวจสอบที่ก่อสร้าง และค่าทดสอบชั้นดินนั้นเป็นค่าใช้จ่ายจากการงานที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีหลังจากที่ได้ทำสัญญาแล้วผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องใช้เงินค่าการงานดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 391 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนั้น เมื่อมีการทำสัญญาแล้วผู้ฟ้องคดีก็ต้องมีการเตรียมการสั่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างรอไว้เพื่อทำการก่อสร้าง แม้สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบริษัท พ. จะเป็นการทำขึ้นหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้สั่งหยุดงานไปแล้ว แต่สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังคงอยู่ มิได้เลิกกันในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีหยุดงานและรอเข้าไปทำงานนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีไปสั่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างรอไว้เพื่อเตรียมการก่อสร้างจึงเป็นการกระทำตามปกติของบุคคลที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีเงินไปชำระค่าสั่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้าง และทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกริบเงินมัดจำ การบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 391.

ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 391 วรรคสี่ ประกอบมาตรา 222 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติดิสัญญา ประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าได้ลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดซื้อวัสดุครุภัณฑ์ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการ เมื่อได้มีการเลิกสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาจึงมีสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์ เครื่องมือ เครื่องใช้ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล) แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายในคำฟ้องว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีรายการใดบ้าง หรือคิดค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นจำนวนเงินเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงมีอาจอกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

โดยที่หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้ง หลักเอกสิทธิ์ยังเป็นหลักการที่มีสาระที่ตรงกันข้ามกับหลักในสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เพราะสัญญาทางแพ่งนั้นขึ้นอยู่กับหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา แต่หลักเอกสิทธิ์เป็นหลักอำนาจที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และยังเป็นการดำเนินการที่มีหลักการบริการสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง ประกอบกับในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น การพิจารณาควรจะต้องคำนึงถึงการประสานประโยชน์ของบริการสาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกชนซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะประโยชน์สาธารณะถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพราะจะส่งผลกระทบต่อคนหมู่มาก ส่วนประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เป็นประโยชน์ที่ชดเชยกฎหมายและเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา การที่เอกชนจะต้องรับภาระจากความไม่แน่นอนของสัญญา อาจส่งผลให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการประสบปัญหาขาดทุนหรือการต้องออกจากงาน ทั้งที่ความเสียหายนั้นมิได้เกิดจากการกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด แต่เอกชนดังกล่าวจำต้องรับความเสียหายเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้ในการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องพิจารณาควบคู่กับการเยียวยาความเสียหายหรือการจ่ายค่าทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐจึงควรที่จะมีแนวทางหรือหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะและเหมาะสมกับลักษณะของการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ

จากการศึกษาแนวทางการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในต่างประเทศพบว่า ในประเทศฝรั่งเศส มีแนวคิดว่าการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเป็นส่วนหนึ่งของผลทางกฎหมายของทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (théorie du fait du prince) ซึ่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะชดเชยเต็มจำนวน และการชดเชยเต็มจำนวนความเสียหายที่กลุ่มสัญญาได้รับนี้ มุ่งหมายให้กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความคุ้มครองเต็มที่จากความไม่แน่นอนของสัญญา โดยที่อีกฝ่ายไม่ได้ยินยอม ซึ่งถือว่าเป็นความผันแปรทางปกครอง และการชดเชยเต็มจำนวนเป็นการทำให้ความสมดุลทางการเงินของสัญญากลับคืนมา<sup>6</sup>

สำหรับจำนวนค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้น หมายถึง กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงซึ่งรวมถึงค่าเสียหายทางจิตใจ และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้นอกจากนี้ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้เต็มจำนวนความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายทั้งปวงเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองเพียงมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยให้เพียงส่วนที่ตนกระทำเท่านั้น

สำหรับแนวทางการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐของประเทศเยอรมันนั้น แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 จะได้บัญญัติรับรองการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐไว้ในบทกฎหมายดังกล่าวก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวก็จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ในประเทศเยอรมันได้มีแนวทางให้กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิในการเยียวยาความเสียหายได้ โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG<sup>7</sup> มาใช้บังคับได้โดยอนุโลม ซึ่งอาจเทียบได้

<sup>6</sup> จาก “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”, โดย นุศนา อัครพิมาน, 2547, *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ* เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 188.

<sup>7</sup> กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG)

มาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง “ในกรณีที่มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ตาม (2) เลขที่ 3 ถึงเลขที่ 5 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับ

กับมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>8</sup> ของประเทศไทย กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการเลิกสัญญาทางปกครองมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้

จะเห็นได้ว่าในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐทั้งของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันนั้น แม้ทั้งสองประเทศดังกล่าวจะมีได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ปรากฏแนวคิดทฤษฎีที่มุ่งให้การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นการเฉพาะ โดยในประเทศฝรั่งเศสได้ปรากฏแนวคิดว่าการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนี้เป็นส่วนหนึ่งของผลทางกฎหมายของทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (théorie du fait du prince) ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงควรมีการชดเชยให้ตามความเสียหายที่แท้จริงและในส่วนของการชดเชยส่วนการเยียวยาความเสียหายของประเทศเยอรมันก็มีแนวทางในการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้นอกจากการฟ้องคดีต่อศาล โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG มาใช้บังคับได้โดยอนุโลม

#### 4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

---

ผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เมื่อผู้ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นยื่นคำร้องขอรับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น”  
อ้างใน *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 31). เล่มเดิม.

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 53 ๑๓๑ ๑๓๑

ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุตามวรรคสอง (3) (4) และ (5) ผู้ได้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำมาตรา 52 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

๑๓๑ ๑๓๑



เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรม อันจะเป็นหลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีการคำนึงถึงหลักการบริการสาธารณะ จึงควรที่จะมีการบัญญัติรับรองหลักการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยให้มีความครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท นอกจากนี้ ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น แม้จะเป็นเรื่องที่มีฐานมาจากสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเข้าไปเพิกถอนสัญญาโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้กระทำผิดสัญญา แต่ด้วยเหตุที่ต้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำต้องเลิกสัญญาทางปกครองก่อนครบกำหนดตามสัญญา อันมีลักษณะคล้ายกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเอกชนดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ โดยการยื่นคำขอรับค่าทดแทนจากหน่วยงานทางปกครองโดยไม่จำเป็นต้องฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายต่อหน่วยงานทางปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 53 วรรคสาม ประกอบมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวดังนั้น ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงควรที่จะมีการกำหนดรับรองสิทธิการได้รับการชดเชยความเสียหายในลักษณะที่เป็นทางเลือกนอกจากการฟ้องคดีต่อศาล โดยให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการยื่นคำขอให้ชดเชยความเสียหายในลักษณะเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อให้มีมาตรฐานเท่าเทียมกับกรณีการให้ความคุ้มครองเอกชนที่ถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามแนวคิดของระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน ทั้งนี้ เพื่อที่จะไม่เป็นภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการที่จะต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลแต่เพียงอย่างเดียว

ในการนี้ผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยบัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดรับรองสิทธิการได้รับการชดเชยความเสียหายในลักษณะที่เป็นทางเลือกนอกจากการฟ้องร้องคดีต่อศาล โดยให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการยื่นคำขอให้ชดเชยความเสียหายในลักษณะเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 วรรคสาม



แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้มีมาตรฐานเท่าเทียมกับกรณีการให้ความคุ้มครองเอกชนที่ถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะเป็นหลักประกันการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนี้

“มาตรา .. คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามมาตรา .. มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย โดยต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีการเลิกสัญญา หรือใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

#### 4.3 ปัญหาการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและแนวทางแก้ไขปัญหา

4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล<sup>9</sup> แต่อย่างไรก็ดี อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ หากฝ่ายปกครองนำมาใช้เกินขอบเขตหรือไม่เป็นการตอบสนองประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง อาจกลายเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่เข้าลักษณะอำเภอใจ อันจะนำมาซึ่งผลร้ายแรงทั้งต่อประโยชน์ส่วนรวม และผลกระทบที่อาจจะเกิดแก่ปัจเจกชนเกินควร

การเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งกรณีที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และกรณีที่เป็นกรณีการเลิกสัญญาตามหลักสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาก็ตามแนวทางในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่ผ่านมา ศาลปกครองจะพิจารณาว่า การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และหากปรากฏว่าการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษาโดยไม่กำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าว แต่ศาลจะเพียงพิจารณาพิพากษาให้เอกชนคู่สัญญาได้รับการชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น โดยศาลเห็นว่าการเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยกตัวอย่างเช่น

<sup>9</sup> จาก สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 38), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 690/2552 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอเนกประสงค์เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามข้อ 15 ของสัญญาพิพาท ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา มิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในลักษณะของคำสั่งทางปกครอง และการที่ศาลจะกำหนดค่าบังคับให้ยกเลิกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่บอกเลิกสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดี และสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการก่อสร้างต่อไปจนแล้วเสร็จนั้น เป็นคำขอที่ขัดต่อข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของผู้ถูกฟ้องคดี ศาลปกครองไม่อาจมีค่าบังคับดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 168/2553 การบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น เป็นการใช้สิทธิฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มีผลทำให้สัญญาจ้างต้องสิ้นสุดลง เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ยกเลิกการบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำงานก่อสร้างอาคารต่อไป ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดี มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนการบอกเลิกสัญญา หรือสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่โดยออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าทำงานก่อสร้างต่อไปได้ คำขอตามคำฟ้องในข้อหานี้ ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 621/2556 การบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการใช้สิทธิตามที่กำหนดในสัญญาจ้างก่อสร้าง และเป็นการใช้สิทธิฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองที่อยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงมิใช่การออกคำสั่งทางปกครองและผู้ฟ้องคดีไม่อาจฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาจ้างได้ หากเห็นว่าการบอกเลิกสัญญาไม่ชอบก็คงได้แต่เพียงฟ้องเรียกค่าเสียหายเท่านั้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 888/2556 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานสอนที่คณะศิลปประยุกต์และการออกแบบ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีให้ยุติการปฏิบัติงานดังกล่าวและให้จ่ายเงินทดแทนการปฏิบัติงาน นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามนั้น เป็นกรณีอันเกิดจากการจ้างงานซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทำการสอนหนังสือ อันมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แจ้งให้ผู้ฟ้องคดียุติการปฏิบัติงานตามที่ได้รับมอบหมาย จึงถือเป็นการบอกเลิกสัญญา อันเป็นการใช้สิทธิฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีผลทำให้สัญญาจ้าง

ต้องสิ้นสุดลง จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ศาลจะพิพากษา หรือมีคำสั่งให้เพิกถอนหรือสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 บรรจุแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานได้ คำขอดังกล่าวศาลจึงไม่อาจกำหนดคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลมีแนวทางการพิจารณาพิพากษาว่า การใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา ซึ่งศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดคำสั่งบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีชอบแต่จะมีคำขอให้ชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น กรณีตามแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว อาจส่งผลให้กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการเลิกสัญญา ก่อนครบกำหนดเวลาได้ทุกกรณี แม้การเลิกสัญญาจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เพียงแต่อาจถูกฟ้องร้องเพื่อการชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งในกรณีหากปรากฏว่าการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง นอกจากจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อค่าบริการสาธารณะแล้ว ในอีกทางหนึ่งรัฐยังต้องมีภาระหน้าที่ในการชดเชยความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีคำพิพากษาในคดีที่ อ. 641/2554 ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาเรียนการสอน โดยในคดีดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยว่า คำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือแจ้งการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง หรือให้กลุ่มสัญญาปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาต่อไปนั้น เป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาต่อไป ศาลปกครองจึงมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นแนวทางการพิจารณาพิพากษาที่แตกต่างจากแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังที่กล่าวมาข้างต้น

จากการศึกษาแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส พบว่า กรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองเป็นไปโดยไม่ชอบ หรือไม่มีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ แนวบรรทัดฐานในการพิจารณาของศาลที่ผ่านมา ศาลจะไม่พิจารณาเพิกถอนการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าว โดยหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะเพียงแต่กำหนดให้เอกชนกลุ่มสัญญามีสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเท่านั้น หลักการพิจารณาของศาลในกรณีดังกล่าวนี้

ยังรวมถึงการเลิกสัญญาทางปกครองอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาตามหลักสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาด้วย แต่อย่างไรก็ดี แนวทางการพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นที่ศาลอาจกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองได้ใน 4 กรณี คือ<sup>10</sup>

1) กรณีที่สภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อความเหมาะสมเฉพาะเรื่องไม่ควรที่จะนำหลักนี้มาใช้ได้แก่ กรณีสัญญาทางปกครองบางประเภทที่คู่สัญญาต้องมีการลงทุนสูง ซึ่งจำเป็นต้องมีหลักประกันให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิตามสัญญาของเอกชน

2) กรณีที่สภาแห่งรัฐเห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับฝ่ายปกครองไม่ควรได้รับสิทธิน้อยกว่ากรณีเอกชนที่มีนิติสัมพันธ์ในทางอื่นกับฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีนิติสัมพันธ์จากคำสั่งทางปกครอง

3) กรณีสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง และเพื่อการจัดการบริการสาธารณะตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเปิดโอกาสให้คู่สัญญาขอให้ศาลสั่งเพิกถอนมาตรการที่เกิดขึ้นจากสัญญาได้ ทั้งในเรื่องของการยกเลิกสัญญาและมาตรการอื่น ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันการบริหารงานที่ดีของการบริการสาธารณะ

4) กรณีที่ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมีลักษณะแตกต่างจากความสัมพันธ์ตามสัญญาทั่วไป ซึ่งแม้จะมีรูปแบบเป็นสัญญา แต่สามารถฟ้องเป็นคดีขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบได้ เช่น คดีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาแพทย์แห่งชาติ หรือสัญญาวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดจากการเจรจาต่อรองมากกว่าสัญญา คดีเกี่ยวกับลูกจ้างหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามสัญญาจ้าง ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ข้าราชการ) สามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการเลิกจ้างได้

จากหลักการพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้โดยหลักแล้วศาลจะไม่พิจารณาพิพากษาเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งแม้จะเป็นการเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือข้อสัญญาก็ตาม โดยศาลจะพิจารณาเพียงแต่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับค่าเสียหายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ศาลได้มีแนวทางพิจารณาเป็นข้อยกเว้นในกรณีสำหรับคดีบางประเภท เช่น สัญญาที่มีการลงทุนสูง หรือในสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว เป็นต้น และยังปรากฏว่าพัฒนาการของศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวโน้มไปในทิศทางที่ศาลปกครองจะใช้อำนาจ

<sup>10</sup> จาก รายงานการวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (น. 201-203), โดย เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พิจารณาพิพากษาเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นการพิพากษาโดยคำนึงถึงเสถียรภาพของสัญญาทางปกครองและการเคารพเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ<sup>11</sup> ดังเช่น ในปี ค.ศ. 2011 สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยในคำพิพากษา ลงวันที่ 21 มีนาคม 2011 ในคดี Commune de Béziers, n° 304806<sup>12</sup> ซึ่งมีเนื้อหาว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อคัดค้านคำบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และขอให้ศาลสั่งให้สัญญามีผลบังคับใช้บังคับต่อไปได้ โดยศาลอาจกำหนดวันที่ให้สัญญามีผลบังคับใช้ต่อไป และอาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ หากผู้ฟ้องคดีมีคำขอศาลอาจมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้เลิกสัญญาฝ่ายเดียวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนได้ ในการนี้ผู้เขียนเห็นว่า พัฒนาการของแนวทางการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสดังกล่าว ซึ่งเป็นการพิจารณาพิพากษาโดยคำนึงถึงเสถียรภาพของสัญญาทางปกครองและเคารพเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญนั้น ย่อมจะส่งผลดีทั้งต่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่ต้องมีความต่อเนื่อง และเป็นผลดีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายตามที่มุ่งประสงค์มากยิ่งขึ้น

#### 4.3.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากการพิจารณาปัญหาการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ผู้เขียนเห็นว่า ในการหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวลำดับแรกควรพิจารณาก่อนว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นปัญหาจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ โดยหากพิจารณามาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยบัญญัติว่า ในการพิพากษาคดีศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ ... (3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะเห็นได้ว่า ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว นอกจากศาลจะมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือสั่งให้ชดใช้เงินแล้ว

<sup>11</sup> จาก “การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (le nouveau juge du contrat) (ถอดความจาก le “nouveau juge du contrat” โดย Héleène Hoepffner), โดย นวรดพร สัตยรักษ์, สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 9-10.

<sup>12</sup> จาก “สิทธิของคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในการฟ้องโต้แย้งการยกเลิกสัญญาทางปกครอง”, โดย ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, 2545, วารสารวิชาการศาลปกครอง, 12(2), น. 1-7.

ศาลยังมีอำนาจในการสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการได้ ซึ่งน่าจะถือได้ว่าการกำหนดบังคับให้ฟ้องการเลิกสัญญาทางปกครองหรือมีความหมายให้สัญญาทางปกครองนั้นมีผลบังคับผูกพันกันต่อไป เป็นการกำหนดคำบังคับอันมีลักษณะให้กระทำการ หรือให้งดเว้นกระทำการ เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญา ซึ่งเป็นคำขอที่ศาลมีอำนาจในการกำหนดคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาล ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีความครอบคลุมถึงอำนาจศาลในการกำหนดคำบังคับกรณีดังกล่าวแล้ว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้เคยมีการวินิจฉัยว่าการที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือแจ้งการบอกเลิกสัญญาหรือมีความหมายให้สัญญาทางปกครองนั้นมีผลบังคับผูกพันกันต่อไปนั้น เป็นการขอให้ศาลกำหนดคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาต่อไป ศาลปกครองจึงมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 641/2554 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ในการนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากศาลปกครองกำหนดแนวทางในการพิจารณาพิพากษาว่า ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้ศาลเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองหรือกำหนดให้สัญญาทางปกครองนั้นมีผลผูกพันกันต่อไป โดยถือว่าเป็นการกำหนดคำบังคับอันมีลักษณะให้กระทำการหรือให้งดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญาตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่การจะเพิกถอนหรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของคดี หรือลักษณะและประเภทของสัญญา ซึ่งตามแนวทางของศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้มีแนวทางกำหนดคำบังคับกรณีดังกล่าวโดยพิจารณาจากประเภทของสัญญาเป็นเงื่อนไขประกอบด้วยนั้น กรณีย่อมจะนำมาซึ่งการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากยิ่งขึ้น และก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง คือ อำนาจมหาชนอย่างหนึ่งของรัฐ ซึ่งรัฐจำเป็นต้องมีอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากเนื่องจากเป็นเอกสิทธิ์ที่เป็นการทำลายเจตนาหรือสัญญาของคู่สัญญา คือ เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวอาจเกิดจากการกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในข้อสัญญา โดยในปัจจุบันจะพบว่ามีการบัญญัติเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไว้แต่ในบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ ซึ่งจะมีผลบังคับหรือผูกพันในสัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นอกจากนี้ ความเห็นของนักนิติศาสตร์และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้มีการยอมรับว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้แม้ไม่มีการกำหนดเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในข้อสัญญาก็ตาม ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยยอมรับว่าเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นสิ่งที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป<sup>1</sup> แต่อย่างไรก็ดี การที่ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองไม่มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ซึ่งรวมถึงการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว อาจส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนในการดำเนินการทั้งในแง่ของเหตุผลความจำเป็น หรือรูปแบบวิธีการของการใช้เอกสิทธิ์ ซึ่งอาจกลายเป็นช่องทางของการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ หรืออีกด้านหนึ่งอาจทำให้เกิดข้อขัดข้องของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว โดยปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวที่สำคัญ แบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

---

<sup>1</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552, ที่ อ. 314/2554, ที่ อ. 676/2554 และที่ อ. 67/2557



1) กรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยไม่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดไว้ ซึ่งกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว อันเป็นการกระทำที่เป็นการทำลายเจตนาของคู่สัญญา โดยที่ไม่มีการรับรองเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในข้อสัญญา อาจส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าในการดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว ควรมีหลักเกณฑ์แนวทาง หรือขอบเขตแค่ไหน เพียงใด อันจะทำให้เอกชนไม่มีหลักประกันความมั่นคงในการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐ รัฐหรือองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย การใช้อำนาจของรัฐจำต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง การเข้าทำสัญญาทางปกครองของฝ่ายรัฐรวมถึงการกระทำหรือใช้สิทธิต่าง ๆ ตามสัญญา รัฐจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่น ๆ เช่นกัน อันจะเป็นหลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อีกทั้ง การที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือข้อสัญญากำหนดเรื่องเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ อาจส่งผลให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวเกิดข้อขัดข้องในการดำเนินการ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการของฝ่ายปกครองได้ แม้ในทางวิชาการรวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะยอมรับว่าตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่ของเอกชนที่เข้ามาผูกพันทำสัญญากับรัฐนั้น สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา และรวมถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา หรือมีการกำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ถือเป็นสิ่งที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องยึดถือและปฏิบัติตาม แต่ในกรณีที่ไม่มีกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา และที่สำคัญรวมถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอันเป็นอำนาจที่รัฐมีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้ในข้อสัญญา หรือมีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกลับใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวเข้ามาทำลายเจตนาของคู่สัญญาโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีอาจที่จะโต้แย้งได้ จึงอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่อย่างไรก็ดี เหตุผลความจำเป็นที่รัฐจำเป็นต้องมีเอกสิทธิ์ดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้ เพราะเมื่อรัฐมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐย่อมมีเอกสิทธิ์ที่จะยกเลิกสัญญาทางปกครองอันเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐได้

2) กรณีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า เนื่องจากในปัจจุบันไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในการพิจารณา

ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจึงมีการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่โดยที่หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้ง หลักเอกสิทธิ์ยังเป็นหลักการที่มีสาระที่ตรงกันข้ามกับหลักในสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เพราะสัญญาทางแพ่งนั้นยืนอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา แต่หลักเอกสิทธิ์เป็นหลักอำนาจที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และยังเป็น การดำเนินการที่มีหลักการบริการสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง ประกอบกับในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น การพิจารณาควรจะต้องคำนึงถึงการประสานประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะประโยชน์สาธารณะถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพราะจะส่งผลกระทบต่อคนหมู่มากส่วน ประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เป็นประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา การที่เอกชนจะต้องรับภาระจากความไม่แน่นอนของสัญญา อาจส่งผลให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายจากการลงทุน หรือความเสียหายที่ต้องออกจากงาน ทั้งที่ความเสียหายนั้นมิได้เกิดจากการกระทำผิดสัญญาของเอกชนแต่อย่างใด แต่เอกชนดังกล่าว จำต้องรับความเสียหายเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ในการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงจำต้องพิจารณาควบคู่กับการเยียวยาความเสียหาย หรือการจ่ายค่าทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม โดยควรที่จะมีแนวทางหรือหลักเกณฑ์ ที่มีลักษณะเฉพาะและเหมาะสมกับลักษณะของการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

3) กรณีการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองกรณีการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองพบว่า โดยส่วนใหญ่แล้ว ศาลมีแนวทางการพิจารณาพิพากษาว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชอบที่จะฟ้องคดีได้แต่เพียงเพื่อการเรียกร้องค่าเสียหายเท่านั้น ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้จากแนวทางการพิจารณาพิพากษาดังกล่าว อาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลาได้ทุกกรณี แม้การเลิกสัญญาจะไม่ชอบ เพียงแต่อาจถูกฟ้องร้องเพื่อการชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งหากปรากฏว่าการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง นอกจากจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อ

จัดทำบริการสาธารณะแล้ว ในอีกทางหนึ่งรัฐยังต้องมีภาระหน้าที่ในการชดเชยความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดเคยมีการวินิจฉัยไว้ อีกกรณีหนึ่งว่า การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาหรือให้สัญญามีผลบังคับผูกพันกันต่อไปนั้น เป็นการขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของสัญญาต่อไป ศาลปกครองจึงมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากสภาพปัญหาทั้ง 3 ประการดังกล่าว อาจเกิดจากการที่ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของไทยนั้น ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยให้ความครอบคลุมในสัญญาทางปกครองทุกประเภท ทำให้การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นอย่างมาก แต่กลับกลายเป็นสิ่งที่ไม่มีความชัดเจนหรือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับ และการไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการดำเนินการ ว่าควรจะมีหลักเกณฑ์แนวทาง หรือขอบเขตแค่ไหน เพียงใด ซึ่งอาจส่งผลกระทบให้การดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวไม่ทันต่อเหตุการณ์ หรือต่อความจำเป็นในการบริการสาธารณะ และรวมไปถึงการไม่มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้เป็นการเฉพาะ อาจส่งผลให้การเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นไม่เหมาะสมและเป็นธรรม และอีกด้านหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาของศาลนั้น หากศาลมีแนวทางการพิจารณาพิพากษาโดยมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้สัญญามีผลบังคับผูกพันกันต่อไปได้นั้น ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายได้มากยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับการบริการสาธารณะของรัฐด้วยเช่นกัน

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้อสรุปที่กล่าวมาข้างต้น จึงมีข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ดังนี้

5.2.1 เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่โดยที่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหมวดที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

และเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ในหมวดดังกล่าว โดยมีหลักการรับรองเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว โดยระบุเหตุผลความจำเป็น รวมถึงรูปแบบวิธีการของการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว โดยให้มีผลครอบคลุมสัญญาทางปกครองทุกประเภท ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน ดังนี้

### หมวด .. สัญญาทางปกครอง

...

**“มาตรา .. คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ ในกรณีที่อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ หรือต่อประชาชน อันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว**

**การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองตามวรรคหนึ่งให้ทำเป็นหนังสือโดยระบุเหตุผลความจำเป็นไว้ด้วย”**

5.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยบัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดรับรองสิทธิในการได้รับการชดเชยความเสียหายในลักษณะที่เป็นทางเลือกนอกจากการฟ้องร้องคดีต่อศาล โดยให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการยื่นคำขอให้ชดเชยความเสียหายในลักษณะเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้มีมาตรฐานเท่าเทียมกับกรณีการให้ความคุ้มครองเอกชนที่ถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะเป็นหลักประกันการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนี้

**“มาตรา .. คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามมาตรา .. มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย โดยต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีการเลิกสัญญา หรือใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”**

5.2.3 เสนอแนะแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง โดยเห็นว่าหากศาลปกครองมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษาโดยกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองหรือมีความหมายให้คู่สัญญาปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญาต่อไป โดยถือว่าเป็นการกำหนดค่าบังคับให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของสัญญา ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ย่อมจะเป็นแนวทางการพิจารณาพิพากษาที่จะนำมาซึ่งการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากยิ่งขึ้น และก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง ทั้งยังสอดคล้องกับสภาพของข้อพิพาท ซึ่งในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียกร้องที่จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอันเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่เอกชนคู่สัญญามุ่งประสงค์มากกว่าการได้รับการชดเชยความเสียหาย

จากข้อเสนอแนะที่กล่าวมาข้างต้น หากได้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายตามที่ได้มีการศึกษาวิเคราะห์ตามหลักคิด ทฤษฎี และแนวทางตามกฎหมายของต่างประเทศตามที่ได้เสนอแนะแล้ว ย่อมจะเป็นการแก้ไขปัญหาและสามารถสร้างความชัดเจนในการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวได้มากยิ่งขึ้น และรวมถึงศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หากได้มีการวางแนวทางหรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องของสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง ย่อมจะทำให้เกิดความชัดเจนและเกิดพัฒนาการของระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองต่อไป

## บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2541). ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 17(3).

กฤษณ์เทพ ทองสิน. (2541). “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. (2553). “แนวทางการพิจารณาจัดทำความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เรื่อง สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5876/2541

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 85/2549

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 285/2549

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 374/2549

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 77/2553

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 314/2554

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 641/2554

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 707/2554

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 429/2556

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2548

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 35/2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2546

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2547

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547



คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 128/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 140/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 190/2549  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 374/2549  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 745/2549  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 123/2550  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 245/2550  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 380/2551  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 598/2551  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 117/2552  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 690/2552  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 168/2553  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 363/2553  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 453/2553  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2554  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 563/2554  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 621/2556  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 888/2556

จี๊ด เศรษฐบุตร. (2556). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ:

โรงพิมพ์เดือนตุลา.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*  
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ชาติกำเนิดไทยซาร์โก้ธุรกิจที่เปลี่ยนสีสันของเทพนิยาย (นิตยสารผู้จัดการ). สืบค้น 9 ตุลาคม 2558,  
จาก <http://info.gotomanager.com/news/printnews.aspx?id=8592>
- นวรรตพร สัตยารักษ์. (ม.ป.ป.) *การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง* (le nouveau juge  
du contrat) (ถอดความจาก le “nouveau juge du contrat” โดย Héleène Hoepffner),  
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์ . (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4).  
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. (2554). *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, *บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรม  
นิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา*.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. (2549). *รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับ  
สัญญาทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง.
- บุญส่ง สิริพันธ์ โนน. (2536). *สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขข้อสัญญา* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร  
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*.  
กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.
- บุบผา อัครพิมาน. (2547). “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”, *รวมบทความ  
ทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบการสัมมนา  
ตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง*.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ประยูร กาญจนกุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย.
- ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ. (2545). *รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศ  
ฝรั่งเศส*. เสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2525). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.
- ปารวี พิสิฐเสนากุล. (2553). *หลัก clausula rebus stantibus ในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. (2545). สิทธิของคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในการฟ้องโต้แย้งการยกเลิกสัญญาทางปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 12(2).
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. (2526). *เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- พิชญ์ กลั่นนุรักษ์. (2553). *ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- โภคิน พลกุล. (2547). สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4(1).
- มนตรี กนกนำชัย. (2540). *มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: บริษัท บพิชการพิมพ์ จำกัด.
- รัชนีกุล ปันเจียง. (2548). *ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ฤทัย หงส์สิริ. (2532). ปัญหาและข้อสังเกตบางประการ เกี่ยวกับการเลิกสัมปทานป่าไม้. *วารสารอัยการ*, 11(132).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542). ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 29(2).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วิษณุ วัลญญู และคณะ. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. (ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ศันนัทภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2555). *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- ศักดิ์ สอนงชาติ. (2545). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ.
- สมยศ เชื้อไทย. (2549). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง (ม.ป.ป.). *สรุปหลักกฎหมาย เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- สุรพงษ์ กลั่นประชา. (2539). *สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรพล นิติไกรพจน์. (2555). *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 1) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. (2538). *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (พิมพ์ครั้งที่ 4) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- อภิชาติ แจ้ยุบล. (2550). *เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- อัครวิทย์ สุมาวงศ์. (2549). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และคณะ. (2549). *รายงานการวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

### ภาษาต่างประเทศ

- Hendler, R. (1996). *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grund-strukturen und Klausurfälle*. Stuttgart. München. Hannover. Berlin. Weimar. Dresden.
- Maurer, H. (1999). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. (12<sup>th</sup> ed.). München: Auflage.
- Mayer, O. (1883). *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*. S. 3-86. AöR.
- Rivéro, J. et Waline, J. (2000). *Précis du droit administrative* (18<sup>th</sup> ed.). Paris: Dalloz.
- Verwaltungsverfahrensgesetz 25 May 1976

### ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นางสาวสุนันท์ ธรรมศรีรักษ์

ประวัติการศึกษา

ปี พ.ศ. 2541 ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ปี พ.ศ. 2548 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 58  
พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ  
สำนักงานศาลปกครอง กรุงเทพมหานคร