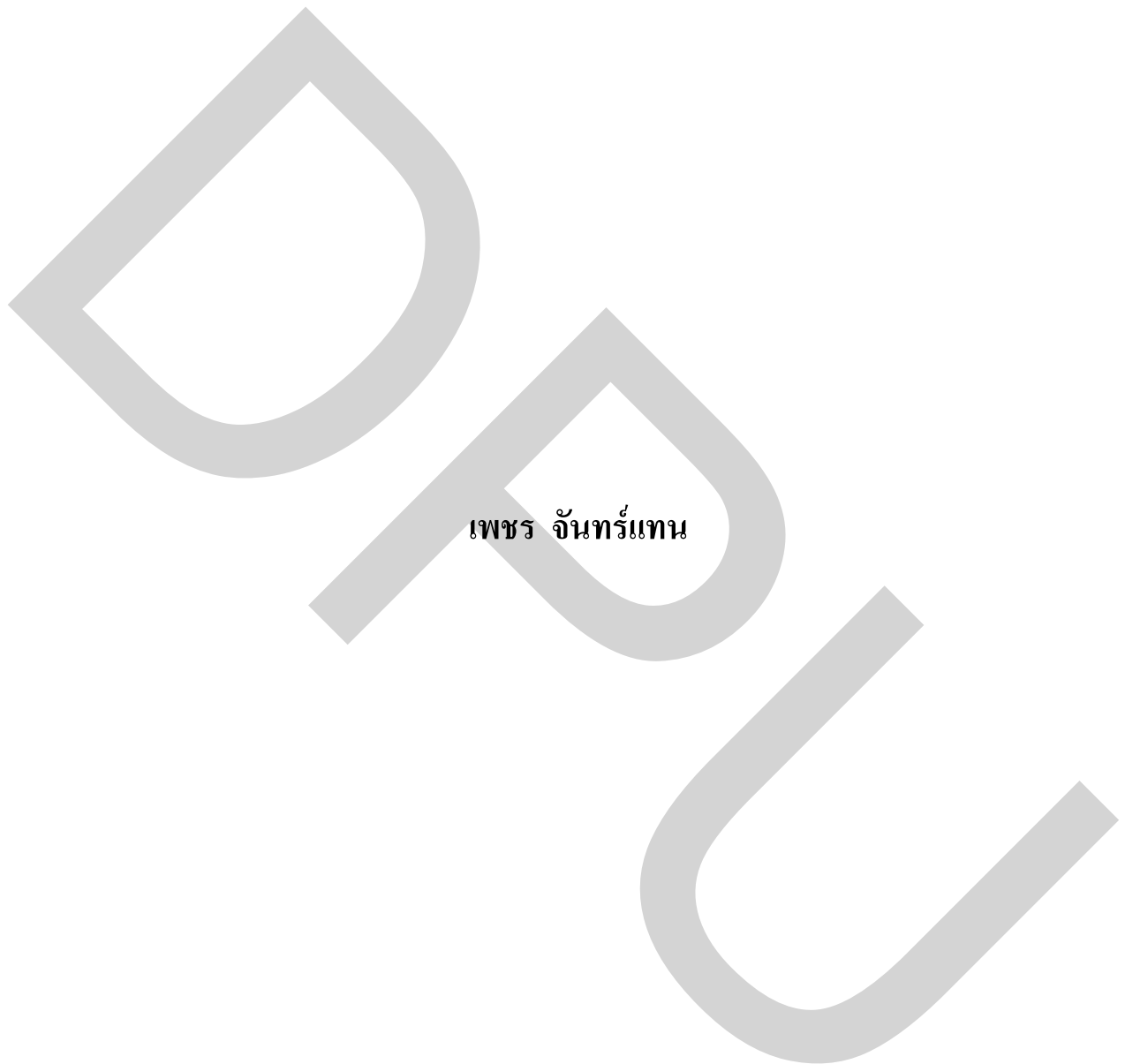


การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย:  
ศึกษากรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้



เพชร จันทร์แทน

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
พ.ศ. 2556

**COMPLIANCE WITH ADMINISTRATIVE CONTRACT AND  
COMPENSATION OF DAMAGES: CASE STUDY – CAUSE WHICH  
CANNOT BE FORESEEN**

**PETCH CHANTHAEN**

**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**

**2013**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีเพราะได้รับความกรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ได้ร่วมกันพิจารณาและกรุณาให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการเขียน ตรวจสอบเนื้อหาและความถูกต้องอย่างละเอียดถี่ถ้วนอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ภูริชญา วัฒนรุ่ง เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งให้เกียรติแก่ผู้เขียนรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยตลอดเวลาในการศึกษาท่านได้ชี้แนะแนวทางให้คำปรึกษาและข้อคิดเห็นทางวิชาการอย่างละเอียดถี่ถ้วนเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณาให้เกียรติเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. พูนศักดิ์ ไวสำรวจ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พรชัย เลื่อนจวี ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้การอบรมเลี้ยงดู ส่งเสริมสนับสนุนให้กำลังใจต่อผู้เขียนตลอดมาและสมาชิกในครอบครัว ตลอดจนเพื่อนนักศึกษาที่เป็นกำลังใจที่สำคัญยิ่งในการช่วยเหลือส่งเสริมและให้กำลังใจจนงานสำเร็จลุล่วง ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงานทุกท่าน ที่ให้คำปรึกษา ให้กำลังใจ ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดเวลาในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณประโยชน์ทางวิชาการต่อผู้ที่สนใจศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอมอบความดีดังกล่าวแก่บิดา มารดาและคณาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

เพชร จันทร์แทน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ณ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	8
2. แนวคิดและที่มาของสัญญาทางปกครองและการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้.....	9
2.1 แนวคิดและที่มาของสัญญาทางปกครอง .....	10
2.1.1 ประเภทของสัญญาทางปกครอง.....	17
2.1.2 ผลของสัญญาทางปกครอง .....	31
2.1.3 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง.....	34
2.2 แนวคิดและที่มาของการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณี เหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	35
2.2.1 หลักกฎหมายเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา.....	36
2.2.2 หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา.....	38
2.3 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุ อันมิอาจคาดหมายได้.....	42
2.3.1 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	42
2.3.2 การชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ใน สัญญาทางปกครอง.....	45

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศและไทย.....	48
3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	48
3.1.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง .....	48
3.1.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	52
3.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี .....	58
3.2.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง .....	58
3.2.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	59
3.3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ .....	62
3.4 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ในระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา .....	69
3.4.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง .....	69
3.4.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	72
3.5 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย .....	77
3.5.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง .....	78
3.5.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	82
4. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้และแนวทางการแก้ไขปัญหา .....	95

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1 ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้.....	95
4.1.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.....	100
4.1.2 ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย.....	112
4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ .....	124
4.2.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.....	125
4.2.2 ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย.....	129
4.2.3 ปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย.....	131
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	133
5.1 บทสรุป .....	133
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	138
5.2.1 การแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง .....	138
5.2.2 การแก้ไขปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย.....	139
5.2.3 การแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลง.....	140
บรรณานุกรม .....	141
ประวัติผู้เขียน .....	147

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย: ศึกษากรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้
ชื่อผู้เขียน	เพชร จันทร์แทน
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. ภูริชญา วัฒนรุ่ง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ ภายหลังจากที่ได้ทำสัญญาทางปกครองซึ่งเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัยและปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายซึ่งหากให้มีการตามสัญญาอย่างเคร่งครัดอาจจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะได้อยู่เสมอเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติตามคู่สัญญาของฝ่ายเอกชน

สัญญาทางปกครองของไทยเมื่อเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมาย เนื่องจากเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัยซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดให้เยียวยาเอกชนคู่สัญญาที่ต้องเสียหายจากการชำระหนี้ตามสัญญาและปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญากรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากศาลปกครองไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งหรือคำพิพากษานอกเหนือจากข้อตกลงในสัญญาตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง 2542

ผลจากการศึกษาพบว่าเมื่อกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงที่คู่กรณีไม่อาจคาดหมายได้ ภายหลังจากทำสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางแนวคำวินิจฉัยในกรณีพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป (Impévision) โดยพิพากษาให้มีการปรับข้อตกลงตามสัญญาระหว่างรัฐกับคู่สัญญาเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ฝ่ายปกครองต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทนตามความเสียหายให้แก่เอกชน หรือมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง

ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญา หรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ปรับความสัมพันธ์ระหว่างความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันตามสัญญา (Pacta sunt servanda) ตามกฎหมายแพ่งและหลักให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Öffentliches Interesse) ตามกฎหมายมหาชนให้อยู่ในระดับที่สมดุล ในระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ หลัก Frustration ถือว่าเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งรวมถึงการชำระหนี้ที่เป็นไปไม่ได้ หรือพ้นวิสัยและการชำระหนี้เป็นอันไร้ประโยชน์ กล่าวคือหากมีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายหรือได้รับค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม

ผู้เขียนได้เสนอให้มีบทบัญญัติของกฎหมายโดยนำหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ที่ว่า “การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่สำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นและคู่สัญญาไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าว เป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้” พร้อมกำหนดวิธีการชดเชยค่าเสียหายตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหาย และกรณีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) เอกชนคู่สัญญาได้รับการชดเชยไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวน และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะแก้ไขสัญญาได้



Thesis Title	Compliance with Administrative Contract and Compensation of Damages: Case Study – Cause which cannot be foreseen.
Author	Petch Chanthaen
Thesis-Advisor	Associate Professor Dr. Phurichaya Wattanaroong
Department	Law
Academic Year	2012

### ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study the principle of law in relation to the Compliance with the Administrative Contract and Compensation of Damages in the case where there is a change in the circumstance in which parties to the Contract cannot foresee thereafter the Administrative Contract arising from the use of the privilege by the Administrative Faction was made, a problem arising from the decision in respect of a dispute that it is not caused by a *force majeure* and a problem arising from a change in the law which if a strict compliance with the Contract should be imposed, it may not be fair to party to the Contract on the part of the private entity. The Administrative Faction always has a privilege to modify or revise or cancel the Contract in making the public services in responding to the needs of the general public which may affect the compliance with the Contract on the part of the private entity.

When an unforeseen problem has arisen to a Thai Administrative Contract as a result of the exercise of the privilege of the Administrative Faction no matter what it is a problem arising as a result of the decision on a dispute which is not caused by a *force majeure* which the law does not provide a provision in remedying the private party to the Contract sustaining damage from obligation performance in accordance with the contract and the problem arising from a change in the law. The private party to the contract has no power to file a lawsuit in order to petition the Administrative Court to issue an order or render a judgment to amend or cancel the Contract in such case because of the reason that the Administrative Court does not have any jurisdiction to issue an order or render a judgment other than the agreements set forth under the Contract in accordance with paragraph one (3) of Section 72 of the Administrative Court Establishment and Administrative Procedure Act, B. E. 2542 (1999).

It is found, as a result of the study, that in the case where there is a change in a circumstance which cannot be foreseen by parties to the case thereafter the Administrative Contract was made, the Supreme Administrative Court of Republic of France provides the guidelines on the decision in the case where the circumstance to the contract is changed (French: *impévision*) by rendering the judgment to get the agreements in accordance with the Contract between the State and the private party to the Contract to be compatible with the changing circumstance. The private party to the Contract shall continue to perform in compliance with the Contract where the Administrative Faction shall provide assistances by making compensation of the damage to the private entity or complying with Section 60 of Administrative Procedure Law, A. D. 1976 of the Federation of Germany which stipulates the provision to vest in the right to all parties to the Contract to be able to amend or cancel the Contract when any unforeseen event has arisen which is the provision to adjust the relations between the sanctity on the expression of the intention or the Principle of the Obligation in accordance with the Contract (*pacta sunt servanda*) according to Civil Law and the Principle of the Protection of Public Interest (German: *öffentliches Interesse*) according to the Public Law to be at the most balancing level. In law system of England, the Principle of Frustration deems the changing circumstance including obligation performance to be immaterialized or impossible and rendered useless; that is to say; if any event should have occurred after the Contract is made, a party to the Contract is entitled to refuse the Contract, thus, shall not be bound by the Contract. The United States of America has the provision of the law relating to the compensation of damages or payments of considerations in Procurement Contract and Public Utilities Service Contract which the party to the Contract being the private entity has a right to fairly receive the compensations of the damages or payments of the considerations.

Author of this Thesis proposes that provisions of the law be stipulated by adopting the criteria in respect of the amendments and cancellations of the Administrative Contract of the Federation of Germany which provides under Section 60 of Administrative Procedure Law, A. D. 1976 (VwVfG) that “Any amendment and cancellation of an Administrative Contract in the case where the significant substance in prescribing the material substance of the contract has substantially changed thereafter the contract is created and that the party to the contract cannot foresee its consequence in advance, the party to the contract shall have a right to demand the

amendments on the contents of the contract to be compatible with the changing circumstance or in the case where said amendment is impossible or unreasonable, any party to the Contract shall also have a right to cancel the Contract” together with prescribing the procedural methods on the compensation of damages in accordance with the judgment of the Supreme Administrative Court of the Republic of France which provides that during the course of compliance with the Contract of the private entity being the party to the Contract, if any event should have arisen consequently as a result of the Administrative Faction (fait du prince), the private entity being the party to the Contract shall have a right to claim damages in full in accordance with the volume of the damage and in the case of an occurrence of an event which cannot be foreseen (impevision), the private entity being the party to the Contract shall have a right to receive compensation, not the consideration, in full amount and that paragraph one (3) of Section 72 of the Administrative Court Establishment and Administrative Procedure Act, B. E. 2542 (1999) should be amended by stipulating the provision empowering the Courts with the jurisdictions to amend the Contract.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักการพื้นฐานของสัญญาที่ระหว่างเอกชนด้วยกันและสัญญาทางปกครองตั้งอยู่บนทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญของหลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of the Will) และหลักการว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) ซึ่งคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด แต่บางครั้งเกิดเหตุการณ์มาขัดขวางทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้เลย เช่น กรณีเกิดเหตุการณ์หรือมีพฤติการณ์ที่การชำระหนี้เป็นอันพั่ววิสัยหรือลูกหนี้กลายเป็นคนไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงก็จะกลายเป็นการชำระหนี้เป็นอันพั่ววิสัย (Force majeure) ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่ในบางกรณีการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ แต่หากมีการชำระหนี้ต่อกันตามสัญญาจะทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันขึ้นย่อมไม่เป็นธรรมกับลูกหนี้ฝ่ายที่เสียเปรียบ เนื่องจากภายหลังได้ทำสัญญาต่อกันแล้ว เกิดเหตุการณ์ในอนาคตเป็นไปตามที่คู่สัญญาคาดหวัง คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ในสัญญา แต่หากเหตุการณ์ในอนาคตเกิดขึ้นแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาคาดหวังไว้เป็นอย่างมาก หรือเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นและเหตุการณ์นั้นมีผลกระทบต่อมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาหรือเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาเป็นอย่างมากก็จะมีผลกระทบต่อข้อตกลงในสัญญาได้ในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ โดยที่ลูกหนี้ยังเป็นผู้มีความสามารถที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ได้อยู่ แต่การชำระหนี้จะกลายเป็นอันไร้ประโยชน์ต่อคู่สัญญาฝ่ายนั้น หรือทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องรับภาระหรือเกิดความเสียหายที่ไม่ได้คาดคิดมาก่อนซึ่งมูลเหตุในสัญญา เช่น ในคดี Krell v. Henry ปรากฏว่าฝ่ายโจทก์ได้ให้ฝ่ายจำเลยเช่าห้องพักของตนเป็นเวลา 1 วันเพื่อใช้ดูขบวนแห่ในพิธีบรมราชาภิเษกของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 7 แต่ปรากฏว่าพิธีบรมราชาภิเษกได้เลิกล้มไปฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญาเช่ารายนี้ได้ปฏิเสธที่จะชำระค่าเช่าและศาลก็ได้พิพากษายกฟ้องโจทก์ เนื่องจากการชำระหนี้ (ส่งมอบห้องเช่า) ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ หรือในปี ค.ศ. 1923 ศาลฎีกาแห่งจักรวรรดิเยอรมนีได้ตัดสินคดีการชำระหนี้จำนองรายหนึ่งว่าเจ้าของที่ดินรายหนึ่งได้จำนองที่ดินไว้กับเจ้าหนี้ของตนในราคา 13,000 มาร์ก และหนี้รายนี้ถึง

<sup>1</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ก (2550). ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้. หน้า 7-17.

กำหนดในวันที่ 1 เมษายน 1920 หลังจากค่าเงินเปลี่ยนแปลงไปในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ลูกหนี้จำนองได้โอนเงินตามจำนวนที่เป็นหนี้กันอยู่ก่อนสงครามพร้อมดอกเบี้ยเพื่อชำระหนี้แก่ เจ้าหนี้และขอไถ่ถอนจำนอง แต่โดยที่ค่าของเงินลดไปมากจนเห็นได้ว่าจำนวนเงินตามมูลหนี้ใน สัญญาแทบจะไร้ค่าไปเสียแล้ว ศาลจึงตัดสินว่าลูกหนี้ที่ต้องการถอนจำนองต้องชำระเงินเพิ่มขึ้น จากราคาที่จดทะเบียนไว้ตามสัดส่วนราคาตลาดที่แท้จริงหลังสงคราม<sup>2</sup>

เหตุการณ์ที่เป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาดังเช่นที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ประเทศไทยได้ประสบเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งมูลเหตุในสัญญา เช่นเดียวกัน ซึ่งคดีส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่สืบเนื่องมาจากการประสบปัญหาภาวะวิกฤติเศรษฐกิจของ ไทยในช่วงปี พ.ศ. 2540 ซึ่งประเทศไทยได้มีการปล่อยให้ค่าเงินบาทลอยตัวซึ่งมีผลกระทบต่ออัตรา แลกเปลี่ยนเงินตราจากเดิมที่ 1 ดอลลาร์สหรัฐเท่ากับ 25 บาท เป็น 1 ดอลลาร์สหรัฐ เท่ากับ 57 บาท ทำให้อัตราค่าเงินบาทของไทยตกลงกว่าร้อยละ 100 ส่งผลกระทบต่อชำระหนี้เงินตรา ต่างประเทศของ นักธุรกิจไทย ทั้งในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และในฐานะที่เป็นลูกหนี้ในสัญญาโดยศาล ยุติธรรมได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการชำระหนี้ดังกล่าว โดยได้วางหลักไว้ว่า การที่วัตถุในการ ผลิตหรือสินค้าหาได้ยาก รวมทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น เป็นกรณีที่การชำระ หนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระมากขึ้นโดยไม่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้ อย่างสิ้นเชิง ลูกหนี้ไม่สามารถอ้างได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจาก การชำระหนี้ ตามมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่ค่าของเงินลดลง เป็นเพียงเหตุที่ทำให้การชำระหนี้มีความยากลำบากขึ้นเท่านั้น ไม่ทำให้การชำระหนี้เพิ่มขึ้นเป็นการ พันวิสัยที่จะอ้างให้ตนเองต้องหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้ การเกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจของประเทศ ไทยอาจมีผลกระทบต่อลูกหนี้บางคนทำให้ไม่สามารถชำระหนี้สินที่ตนมีต่อสถาบันการเงินได้ เหมือนเช่นปกติแต่จะถือเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 219 วรรคหนึ่ง เสียทีเดียวไม่ได้ ต้องพิจารณาเป็นกรณีไปจึงอยู่ใน วิสัยที่พึงปฏิบัติได้จำเลยที่ 1 มีหน้าที่ต้องชำระหนี้แก่โจทก์ต่อไปจะอ้างวิกฤตทางเศรษฐกิจของ ประเทศมาปลดเปลื้องเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการบังคับคดีไม่ได้

จากคำพิพากษาดังกล่าวทำให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ในราคาที่สูงมากและเจ้าหนี้ก็จะได้รับ ชำระหนี้ในจำนวนที่สูงมากย่อมไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาและลูกหนี้ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรง

<sup>2</sup> RGZ 103, 328 (3.2.1922).

<sup>3</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 228/2521, 2829/2522, 2934/2522, 2653/2526 และ 2043/2531.

หากไม่ยอมให้คู่สัญญาขอเจรจาแก้ไขสัญญาหรือปรับหนี้ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้<sup>4</sup>

สำหรับสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกันที่ได้นำหลักการในสัญญาทางแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายปกครองหรือหลักกฎหมายมหาชน ในกรณีที่เกิดพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปที่ไม่อาจคาดหมายได้ดังกล่าว สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีเพียงฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญาหรือขอให้เอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เมื่อมีความจำเป็นและไม่ทำให้ราชการเสียประโยชน์หรือการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้เพื่อประโยชน์แก่ทางราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือตามกฎหมายเฉพาะที่ให้ฝ่ายปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลได้นั้น อันเกิดจากแนวคิดที่รัฐจำเป็นต้องจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดความต่อเนื่องและปรับปรุงอยู่เสมอให้ทันกับความต้องการของประชาชนโดยไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิพิเศษดังกล่าว หรือสามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ทันที เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยกฎหมายบางฉบับได้กำหนดให้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย ทั้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิขอแก้ไขสัญญาอย่างเช่นฝ่ายปกครอง แม้จะมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่ศาลปกครองไม่อาจกำหนดค่าบังคับที่นอกเหนือจากหรือแตกต่างจากข้อตกลงในสัญญาได้ ซึ่งแต่เดิมก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ปัญหาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ถูกนำสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมหรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาหรือให้ความเห็น โดยใช้หลักกฎหมายเดียวกัน คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ในกรณีที่กรมอัยการให้ความเห็นในเรื่องรับที่ ห.34/2509<sup>5</sup> กรณีที่นายเดิมมิตรทำสัญญาซื้อขายข้าวเหนียวกึ่งกับกรมราชทัณฑ์โดยเรือนจำอุดรธานีเมื่อ 1 ตุลาคม 2509 เป็นเวลา 1 ปี ในราคา 158 บาทต่อ 100 กิโลกรัม ต่อมาวันที่ 1 ธันวาคม 2509 นายเดิมมิตรได้ทำหนังสือขอลยกเลิกสัญญาและยอมให้รับเงินประกันเนื่องราคาสูงขึ้นมาก กรมราชทัณฑ์โดยเรือนจำอุดรธานีได้ดำเนินการจัดประมูลราคาใหม่ได้มีนายเล็กเข้าทำสัญญาในราคา 267 บาทต่อ 100 กิโลกรัม โดยวินิจฉัยว่าเป็นพฤติการณ์ที่เลิกสัญญาแล้ว จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าหากสัญญาระหว่างนายเดิมมิตรกับกรมราชทัณฑ์ไม่เลิกกัน นายเดิมมิตรต้องส่งมอบข้าวต่อไปในราคาสูงขึ้นมาก

<sup>4</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546.

<sup>5</sup> กรมอัยการ. (2532). คำวินิจฉัยกรมอัยการหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่ม 1 พ.ศ. 2500-2515. หน้า 617.

กรมราชทัณฑ์จะชดเชยค่าเสียหายให้แก่นายเดิมมิตรได้หรือไม่ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งรากฐานของสัญญาทางปกครองผลในทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร เอกชนคู่สัญญาจะอ้างเหตุดังกล่าวให้ตนไม่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้หรือหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้หรือไม่ หรือเอกชนคู่สัญญาจะร้องขอให้มีการปรับข้อสัญญาหรือเลิกสัญญาได้หรือไม่ หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 101/2526 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องทุกข์ขอให้กรมอาชีวศึกษาต่ออายุสัญญาก่อสร้างวิทยาลัยเกษตรกรรมกำแพงเพชรและวิทยาลัยเกษตรกรรมพิจิตร เนื่องจากในระหว่างการก่อสร้างปรากฏว่าไม้ประกอบฝ้า กระเบื้องฝ้า และระแนงฝ้าซึ่งต้องใช้จำนวนมาก ผู้ร้องทุกข์ไม่สามารถจัดหาไม้เพราะหายากและไม่มีจำหน่ายในท้องตลาด แม้แต่องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ก็ไม่อาจจัดหาไม้ตามกำหนดขนาดให้ได้ และกรมอาชีวศึกษาไม่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงรูปแบบและรายการเพราะทำให้ทางราชการเสียเปรียบซึ่งคณะกรรมการเห็นว่า ไม้ที่ใช้การก่อสร้างโครงหลังคานี้มีใช้หาไม่ได้ตามที่ผู้ร้องทุกข์ อ้างมาเป็น แต่เพียงอาจจะหาได้ยากลำบากเท่านั้น โดยกรณีนี้การที่ไม้หายากมิได้เกิดขึ้นโดยกะทันหัน เช่น มีการปิดป่า เป็นต้น และในที่สุดผู้ร้องทุกข์ก็หาไม้มาทำการก่อสร้างได้กรณีดังกล่าว จึงไม่ใช่เหตุสุดวิสัย จึงมีมติให้ยกเรื่องร้องทุกข์นี้ จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าการหาได้ยากลำบากและมีราคาแพงเกินกว่าคู่สัญญาจะคาดหมายได้กรมอาชีวศึกษาจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาได้หรือไม่

ในกรณีที่เกิดพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการทำสัญญาทางปกครองไทยไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงในทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ระบบกฎหมายของไทยยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในระดับความเข้มข้นหรือในลักษณะที่เคร่งครัดมากน้อยเพียงใดและหากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นกระทบต่อประโยชน์สาธารณะระบบกฎหมายของไทยมีการประสานความขัดแย้งระหว่างหลักสัญญาต้องเป็นสัญญากับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอย่างไร หรืออาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทยยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครองหรือไม่ และหากยอมรับผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจะเป็นเช่นไรคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองมีสิทธิหน้าที่ที่จะปฏิบัติต่อกันต่อไปอย่างไร และหลักดังกล่าวได้รับการปรับใช้ในลักษณะที่ให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมากน้อยเพียงใด<sup>6</sup>

ดังนั้นในการทำสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงใช้วิธีป้องกันและลดความเสี่ยงต่างๆ และใช้ข้อมูลต่าง ๆ ตลอดจนสถานการณ์ที่ควรจะเป็นในอนาคตเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาบริการสาธารณะกับรัฐ โดยการกำหนดค่าตอบแทนที่สูงกว่าความเป็นจริง

<sup>6</sup> ปาร์วี พิธิฐเสนากุล. (2553). *หลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง*. หน้า 4-5.

แม้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจะได้กำหนดให้มีการประมูลราคากันระหว่างผู้ที่ จะเข้าทำสัญญาฝ่ายเอกชนด้วยกัน ทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณแผ่นดินเกินความเป็นจริง แม้ฝ่ายปกครองโดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2532 ตามหนังสือสำนักเลขาธิการ คณะรัฐมนตรี ที่ นร 0203/ว. 109 ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2532 ที่ให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K)<sup>7</sup> เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวหรือเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนของผู้รับจ้างที่เป็น เอกชน เพื่อสามารถที่จะประกอบกิจการต่อไปได้ในช่วงที่เกิดภาวะวัสดุก่อสร้างขาดแคลนและขึ้น ราคาช่วยลดความเสี่ยงของคู่สัญญาเท่านั้น หากสัญญาทางปกครองใดไม่ได้นำสัญญาแบบปรับ ราคามาใช้ก็ไม่อาจบรรเทาความเดือดร้อนของผู้รับจ้างเอกชนที่เป็นคู่สัญญาได้ซึ่งไม่รวมถึง สัญญาสัมปทาน หรือสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะอื่น และกรณีสัญญาแบบปรับราคาได้นี้ก็มีใช้ กรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เพราะการปรับราคาให้แก่คู่สัญญาย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า คู่สัญญาคาดหมายได้ถึงเหตุการณ์ในอนาคต

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คำพิพากษาศาลฎีกาหรือศาลปกครอง ไม่ได้มีการวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญา และการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ แต่กลับวินิจฉัยว่าไม่เป็นพฤติการณ์ พันวิสัย ตามมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งระบบกฎหมายบางประเทศได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหารื่องนี้ไว้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายว่าด้วย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้หรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการ ทำสัญญาทางปกครองไทยไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงในทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอัน กระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง หากจะให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาอย่าง เกร่งกรัด หรือไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายย่อมไม่เป็นธรรมกับเขา กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ซึ่งเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือตามกฎหมายเฉพาะในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาโดยไม่ได้กำหนดวิธีการเยียวยา เอกชนคู่สัญญา หรือกรณีที่ศาลปกครองที่วินิจฉัยว่ากรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายที่ทำให้การปฏิบัติ ตามสัญญาทางปกครองเป็นไปด้วยความยากลำบาก และเป็นภาระเกินสมควรเกินกว่าคู่สัญญาจะ

<sup>7</sup> มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2532 เห็นชอบในหลักการที่จะให้นำสัญญาแบบปรับราคา ได้มาใช้กับสัญญาที่ลงนามหลังจากวันที่ 28 มิถุนายน 2531 ในการพิจารณาจ่ายเงินชดเชยค่างานก่อสร้างให้แก่ ผู้รับเหมาก่อสร้างของทางราชการ และนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้เป็นการถาวรและตั้งอนุกรรมการเพื่อ พิจารณากำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ ประเภทงานก่อสร้าง สูตรและวิธีคำนวณในการพิจารณาจ่ายเงินค่าชดเชย ให้ สอดคล้องกับวิกฤตการณ์และลักษณะงานก่อสร้าง.



คาดหมายได้ และไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา แต่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป จนถึงกับต้องล้มละลายหรือต้องเป็นผู้ที่งานย่อมมีผลกระทบต่อ การจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง และกรณีที่มีกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาภายหลังที่ได้ทำสัญญา ทางปกครองไปแล้วมีผลทำให้ข้อตกลงในสัญญาขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือมีข้อขัดข้องหรือเป็น ภาระเกินสมควรกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ศาลปกครองวินิจฉัยปัญหาว่าศาลไม่มีอำนาจในการแก้ไข สัญญา กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านี้ จึงมีประเด็นปัญหาว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะขอให้ฝ่ายปกครอง แก้ไขสัญญาเปลี่ยนแปลง ยกเลิกสัญญาหรือขอให้ชดใช้ค่าเสียหายได้หรือไม่ หรือฟ้องเป็นคดีต่อ ศาลปกครองเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาหรือขอให้ชดใช้ค่าเสียหายได้หรือไม่

วิทยานิพนธ์นี้ศึกษาถึงการยอมรับของระบบกฎหมายปกครองไทยหลักกฎหมายกรณี มูลเหตุในสัญญาและพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปหรือการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองและความเป็นไปได้ในการนำ หลักกฎหมายดังกล่าวที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาปรับใช้กับสัญญาทาง ปกครองของไทย ในกรณีที่มีปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาทางปกครองหรือการ ปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและหลักทฤษฎีการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิด เหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ รวมทั้งผลที่เกิดขึ้นเมื่อพฤติการณ์นี้เป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุใน สัญญาในสัญญาทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาถึงลักษณะของปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุ ที่ไม่อาจคาดหมายได้ในสัญญาในระบบกฎหมายของต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมาย ได้ในสัญญาทางปกครองของไทย
4. เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มาใช้กับระบบกฎหมายปกครองไทย

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญา เมื่อภายหลังทำสัญญาแล้วสถานการณ์มูลเหตุแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญทำให้การชำระหนี้ต่อไปเป็นภาระเกินสมควรหรือเสียเปรียบแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และหากปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเกิดความไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้นเพื่อให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับการปฏิบัติตามหลักสุจริตที่จะได้รับการปฏิบัติต่อตนเองอย่างเป็นธรรม จึงควรมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือศาลปกครองสมควรวางหลักกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิในการที่จะปฏิเสธไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดหรือปรับปรุงแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาได้ หรือให้ได้รับค่าชดเชยความเสียหาย โดยนำหลักกฎหมายหรือวิธีการที่ใช้แก้ปัญหาในเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศมาปรับใช้

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา หรือการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ จากนั้นจะศึกษาถึงหลักกฎหมายดังกล่าวในต่างประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาในสัญญาทางปกครองไทย รวมถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวของสัญญาทางปกครองไทย

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากเอกสาร ตำรา วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัยหรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ ตลอดจนคำพิพากษา/คำสั่งของศาลปกครอง คำพิพากษาศาลฎีกา การตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด รวมทั้งข้อมูลที่สืบค้นในอินเทอร์เน็ตและนำข้อมูลที่ได้มาทำการวิเคราะห์ ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักทฤษฎีของมูลเหตุในสัญญาและพฤติกรรมที่จะเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา หรือการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้

2. ทำให้ทราบถึงในระบบกฎหมายหรือการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ของต่างประเทศ

3. ทำให้ทราบการแก้ไขปัญหาและความเป็นไปได้ในการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุหรือการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทย

## บทที่ 2

### แนวคิดและที่มาของสัญญาทางปกครองและการปฏิบัติตามสัญญา และการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองที่ถูกนำมาใช้ในการจัดตั้งบริการสาธารณะเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>1</sup> นอกจากแนวความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะจะเข้าไปสอดแทรกในเรื่องสัญญาทางปกครองแล้ว ยังพบว่าแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะยังเข้าไปสอดแทรก และเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครอง เช่น ในทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทฤษฎีว่าด้วยงานโยธาสาธารณะ ทฤษฎีว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง<sup>2</sup> เป็นต้น ดังนั้นการศึกษาสัญญาทางปกครองจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะด้วย

การปฏิบัติตามสัญญาหรือการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายของหลายๆ ประเทศจะมีการกล่าวถึงเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป (Changed Circumstances) ที่มีผลต่อสัญญาซึ่งจะรู้จักกันภายใต้หลัก Rebus sic stantibus เช่นในระบบกฎหมายของอังกฤษ หลัก Frustration ถือว่าเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป (Changed Circumstances) นั้น หมายถึง กรณีที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น (Impossibility) และรวมถึงการชำระหนี้ที่เป็นอันไร้ประโยชน์โดยไม่ได้ขยายความรวมไปถึงกรณีที่ทำให้การชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระหนักขึ้น (Hardship) ระบบกฎหมายของเยอรมันหลัก Wegfall der Geschäftsgrundlage จะใช้หลักสุจริต คือ หากมีการเปลี่ยนแปลงอันไม่อาจคาดหมายได้และมีผลกระทบต่อรากฐานของสัญญาภายหลังที่สัญญาได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาหรือให้สัญญานั้นสิ้นผลผูกพันได้ ซึ่งระบบกฎหมายของเยอรมันนี้ถือว่าเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป (Changed Circumstances) นั้นหมายถึงทั้ง กรณีที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ที่เป็นพันธวิสัยและกรณีที่ทำให้การชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระหนักเกินควร (Hardship) ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หลักการชำระหนี้จะเป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ยากในทางการค้า (Commercial Impracticability) ศาลสามารถ

<sup>1</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก (2553). *สัญญาทางปกครอง*. หน้า 25.

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. หน้า 19.

แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของเยอรมัน ระบบกฎหมายของอิตาลีนั้น ในสัญญาที่มีความผูกพันให้มีการชำระหนี้ต่อเนื่อง หรือเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือมีการชำระหนี้ที่ไม่ได้เกิดขึ้นในทันทีทันใด หากมีพฤติการณ์พิเศษที่มีอาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจนเป็นผลให้การชำระหนี้เป็นการยากลำบากหรือเป็นภาระอย่างมาก คู่กรณีที่มีหน้าที่รับภาระมากเกินไปนั้น จะต้องชำระหนี้ อาจขอลดเลิกสัญญาได้ หรือในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในทางแพ่งไม่ยอมรับหลักเหล่านี้เลย (เคร่งครัดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาของเอกชนเป็นสำคัญ) เหตุที่ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นความรับผิดชอบได้มีเฉพาะเกิดจากเหตุสุดวิสัยเท่านั้น<sup>3</sup>

## 2.1 แนวคิดและที่มาของสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ การแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนับได้ว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากสัญญาทางปกครองจะใช้กฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจแห่งการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม<sup>4</sup> การพิจารณาแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทยจึงเริ่มให้ความสำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนับตั้งแต่สิบห้าปีที่ผ่านมาด้วยการศึกษากฎหมายปกครองจากประเทศภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อมาปรับใช้กับกฎหมายไทย<sup>5</sup> ทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะในฐานะที่มาของสัญญาทางปกครองเริ่มปรากฏขึ้นตั้งแต่มนุษยธรรมกลุ่มกันเป็นสังคมและได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1789 คำว่า “บริการสาธารณะ” เริ่มปรากฏขึ้น โดยในตอนต้นหมายถึงกิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกประเภท ต่อมาได้มีการวางกรอบของความหมายใหม่ซึ่งหมายถึงเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (Interest General) หรือสิ่งที่รัฐจะทำให้แก่

<sup>3</sup> อมรลัทธน์ รัชวงศ์. (2549). *การนำหลัก Hardship มาใช้ในกฎหมายไทย*. หน้า 9-10.

<sup>4</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ ก (2533, เมษายน). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 9 (1). หน้า 181.

<sup>5</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์ ก (2541, ธันวาคม). “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 17 (3). หน้า 1.

ประชาชนเป็นการตอบแทนการเสียภาษีอากรของประชาชนวิวัฒนาการทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะแท้จริงเกิดขึ้นจากการสร้างหลักเกณฑ์และการอธิบายเหตุผลจากการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยองค์กรผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้แก่ คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและความเห็นของศาลคดีขัดกัน ซึ่งถือเป็นที่มาสำคัญของหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยเฉพาะทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ<sup>6</sup>

แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะเป็นแนวความคิดทางปรัชญาที่ถือเป็นพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยศาสตราจารย์ ริเวโร ได้อธิบายไว้ว่า<sup>7</sup> การที่มนุษย์รวมตัวเป็นสังคมก็เพื่อให้สังคมนั้นตอบสนองต่อความต้องการในสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของตนในส่วนที่การดำเนินการของเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะข้อจำกัดของเอกชนหรือเพราะกิจการเหล่านั้นไม่อาจให้ผลตอบแทนที่ได้สัดส่วนกับการลงทุนของเอกชน การลงทุนในกิจการดังกล่าวจึงไม่เป็นที่สนใจของนักลงทุนเอกชน ดังนั้นการตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของเอกชนเหล่านี้จึงตกภาระหน้าที่ของรัฐและความต้องการพื้นฐานเหล่านี้คือขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนหลายท่าน พยายามจะให้คำนิยามรวมทั้งความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” โดยปรากฏอยู่ในงานเขียนบทความและตำราวิชาการต่างๆ ศาสตราจารย์ Léon Duguit ผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ มีความเห็นว่าบริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ<sup>8</sup> บริการสาธารณะเป็นเสมือนรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ บริการสาธารณะจึงถือเป็นการรับรองความมีอยู่ของรัฐและเป็นระบบการผลิตงานในรัฐโดยบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมทุกกิจกรรม ซึ่งหากจะกระทำหรือดำเนินการหรือกระบวนการต่างๆ ให้เป็นผลสำเร็จจะต้องได้รับการจัดการหรือควบคุมโดยฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะการจัดทำกิจกรรมต่างๆเหล่านี้เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาสังคม<sup>9</sup> โดยให้ความหมายของบริการสาธารณะว่าบริการสาธารณะ หมายถึงกิจการทุกประการที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อทำให้บรรลุผลสำเร็จ เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพไม่อาจทำสำเร็จได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง<sup>10</sup>

<sup>6</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 19-23.

<sup>7</sup> บุนผา อัครพิมาน ก (2545). *สัญญาทางปกครอง: แนวความคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. หน้า 7.

<sup>8</sup> แหล่งเดิม. หน้า 32.

<sup>9</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 24.

<sup>10</sup> แหล่งเดิม. หน้า 22, 32-34.

Louis Rolland ผู้เป็นลูกศิษย์ของศาสตราจารย์ Duguit ได้สร้างหลักเกณฑ์สำคัญของบริการสาธารณะไว้ 3 ประการ ได้แก่

1) บริการสาธารณะเป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยความแตกต่างอยู่ที่ฝ่ายปกครองระดับสูงผู้วางกฎเกณฑ์การจัดตั้ง เลือกวิธีดำเนินการและควบคุมการดำเนินการ และฝ่ายปกครองระดับปฏิบัติงาน ผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองระดับสูงวางไว้

2) บริการสาธารณะจะต้องเป็นการตอบสนองความต้องการของส่วนรวม

3) บริการสาธารณะเป็นเพียงส่วนเสริมข้อบกพร่องของเอกชน

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ มีความเห็นว่า<sup>11</sup> องค์ประกอบซึ่งเป็นสาระสำคัญในการให้คำจำกัดความของ “บริการสาธารณะ” ได้แก่ องค์ประกอบด้านโครงสร้าง (Les éléments organiques) ของบริการสาธารณะและองค์ประกอบด้านวัตถุ (Les éléments matériels) ของบริการสาธารณะ

1) องค์ประกอบด้านโครงสร้าง การพิจารณาคำว่า “บริการสาธารณะ” โดยพิจารณาจากองค์ประกอบด้านโครงสร้างขององค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะอาจไม่ชัดเจน เนื่องจาก องค์กรผู้จัดทำอาจเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน วิสาหกิจมหาชนหรือ องค์กรเอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะก็ได้ ซึ่งนอกจากจะพิจารณาองค์ประกอบด้านโครงสร้างแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย กิจกรรมที่จะเป็นบริการสาธารณะได้จะต้องเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม นั่นก็คือ นิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเอง หรือมอบให้ องค์กรเอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง

2) องค์ประกอบด้านวัตถุ การพิจารณาบริการสาธารณะจากองค์ประกอบด้านโครงสร้างแล้วกิจกรรมนั้นอาจไม่เป็นบริการสาธารณะ หากกิจกรรมดังกล่าวไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการพิจารณาเนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ของกิจการจึงมีความจำเป็นยิ่งกิจการใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อกิจการนั้นจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

โดยสรุปบริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่<sup>12</sup> (1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนซึ่งหมายถึง กรณีนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครอง

<sup>11</sup> แหล่งเดิม. หน้า 32-33.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม.

ส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการและยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย (2) กิจกรรมดังกล่าวจะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

ในทางทฤษฎีนั้นบริการสาธารณะแบ่งได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (Services publics administratifs) และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Services publics industriels et commerciaux)<sup>13</sup> การบริการสาธารณะซึ่งเป็นการกิจของรัฐที่จะต้องตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม ไม่ว่าจะด้านความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน หรือความสะดวกสบายของประชาชน รัฐไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้น ประชาชนมีมากขึ้นและเทคโนโลยีก้าวหน้ามากขึ้น ส่งผลให้ความต้องการของประชาชนมีมากขึ้นตามลำดับด้วยเหตุปัจจัยเหล่านี้เอง ทำให้รัฐต้องดำเนินการต่างๆ เช่น มอบบริการสาธารณะบางประการให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ เนื่องจากเอกชนมีความพร้อมมากกว่ารัฐ ทั้งด้านเงินทุน บุคลากรและเทคโนโลยี ทั้งนี้เพื่อให้วัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะบรรลุผล อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว ส่งผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานกับผู้ใช้บริการ กล่าวคือนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะทางปกครองกับผู้ใช้บริการ บุคลากรและบุคคลภายนอก ซึ่งจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง คดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวนี้จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองและนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการ บุคลากรและบุคคลภายนอกจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนและคดีที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวนี้จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยเปรียบเทียบกับความคิดในเรื่องคำสั่งทางปกครองว่าคำสั่งทางปกครองเป็นที่รู้จักกันเมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมา โดยการนำเสนอของ Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นผู้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ไว้ และหลังจากนั้นหลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและได้รับการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นระยะเวลาานาน Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองในปี ค.ศ. 1884 และปี ค.ศ. 1886 ว่าในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่าย

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม, หน้า 27.



ปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครองด้วย แต่ Otto Mayer ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยเห็นว่า สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนไม่มีทางเกิดขึ้นได้ เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น รัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายมหาชน รัฐจึงไม่อาจจะเข้าทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้จากแนวความคิดของ Otto Mayer ดังกล่าวเป็นที่ยอมรับมา เป็นระยะเวลานาน แม้จะมีนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วยก็ตาม เช่น Jellinek ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครอง ปี ค.ศ. 1931 ว่า สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ ความเท่าเทียมในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายมหาชนหรือจากกฎหมายแพ่ง ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยรัฐบาลได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 ในที่สุดสัญญาทางปกครองก็ได้เป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนเมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ. 1976<sup>14</sup>

สำหรับเกณฑ์การพิจารณาบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือบริการสาธารณะดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ (l'objet des service) แหล่งที่มาของเงินทุน (l'origines des ressources) และมีการปฏิบัติงาน (Les modelites de fonctionnement) หากบริการสาธารณะใดมีความแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าด้านใดด้านหนึ่ง แต่เพียงด้านเดียวถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง<sup>15</sup> ดังนั้นข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มี 3 ประการได้แก่<sup>16</sup>

1) วัตถุประสงค์แห่งบริการ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งบริการ คือการตอบสนองความต้องการของประชาชนหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีวัตถุประสงค์แห่งการบริการด้านเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการผลิตการจำหน่ายและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการดำเนินการอันเป็นการดำเนินการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชน

<sup>14</sup> มานิชย์ วงศ์เสรี ก (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี*. หน้า 1-3.

<sup>15</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 62.

<sup>16</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 37.

2) แหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองแหล่งที่มาของเงินทุนหรือเงินอุดหนุนจากเงินทุนของรัฐในการดำเนินการหรือมาจากภาษีแห่งบริการนั้น ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แหล่งที่มาของเงินทุนมาจากค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมที่มีการเรียกเก็บจากผู้ใช้บริการเป็นการตอบแทนการบริการที่ได้รับ

3) วิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการนั้น บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองฝ่ายปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการที่สร้างขึ้นมาเป็นแบบแผนอย่างเดียวกันและมีระบบบังคับบัญชาซึ่งจะนำไปใช้กับผู้ปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการบริการนั้นทุกคน ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการนั้นด้วยตนเอง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมวิสาหกิจเอกชนจะสร้างวิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการขึ้นเอง ทั้งนี้เพื่อความสะดวกรวดเร็วและเกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติงาน

แต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนด “อำนาจผูกขาด” ในการดำเนินการให้แก่หน่วยงานใดแต่เพียงผู้เดียวบริการนั้นย่อมเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนอกจากนี้ นักทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสหลายท่านเห็นว่าผู้ใช้บริการสาธารณะทั้งสองประเภทมีสถานภาพที่แตกต่างกัน กล่าวคือผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ใช้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎหรือข้อบังคับทั้งหมด ซึ่งรวมถึงตั้งแต่กำหนดองค์การจตุตถกรรมการและการปฏิบัติงาน การใช้บริการสาธารณะประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้ให้บริการจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข (Acte condition)<sup>17</sup> ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้ให้บริการของบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน<sup>18</sup>

หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการที่เป็นแนวทางในการพิจารณาสถานภาพทั่วไปของบริการสาธารณะอันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ ดังนี้

1) หลักการว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะเนื่องจากบริการสาธารณะมิได้เป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณะชนหรือประชาชนทุกคน หากกิจการใดเป็นกิจการที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นกิจการนั้น

<sup>17</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

<sup>18</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 38.

เป็นบริการสาธารณะ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับความเสมอภาคแบ่งได้ 2 ประเภท คือ ความเสมอภาคเกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ ดังนั้นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ใช้บริการสาธารณะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะไม่อาจกระทำได้ และความเสมอภาคเกี่ยวกับการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ การไม่รับบุคคลเข้าทำงานโดยความแตกต่างทางศาสนา แนวความคิดทางการเมืองหรือทางเพศโดยมิได้เกี่ยวกับเหตุความรู้ความสามารถของบุคคลผู้สมัครเข้าทำงานนั้นไม่อาจกระทำได้ หรือการเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่สนใจเข้าแข่งขันเพื่อทำสัญญากับฝ่ายปกครอง

2) หลักการว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ศาสตราจารย์คูเกียร์<sup>19</sup> ได้เสนอหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่ากิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะใดรัฐควรจะเข้าแทรกแซงหรือเข้าดำเนินการในลักษณะของบริการสาธารณะ โดยเห็นว่า “กิจการใดก็ตามหากถูกหยุดดำเนินการแม้เพียงชั่วคราวก็จะทำให้เกิดความวุ่นวายยุ่งเหยิงและก่อให้เกิดความไม่สงบสุขเกิดขึ้นในสังคม กิจการนั้นจะต้องได้รับการดำเนินการในรูปบริการสาธารณะ เช่น การนัดหยุดงานของพนักงานรถไฟเกิดขึ้นเมื่อเดือนตุลาคม ปี 1910 แม้จะเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาสั้นๆ และเป็นเพียงการนัดหยุดงานบางส่วนแต่ก็แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ความวุ่นวายและความเดือดร้อนของผู้ใช้บริการขนส่งโดยทางรถไฟดังกล่าว การขนส่งทางรถไฟจึงเป็นบริการสาธารณะ” เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใดๆก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ บริการสาธารณะจึงต้องเป็นกิจการที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปอย่างต่อเนื่องอยู่เป็นประจำและสม่ำเสมอ ดังนั้นหากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก ผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่ต้องกรปกรองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระหรือเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะ ทำให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขข้อขัดข้องหรือความบกพร่องจากการหยุดชะงักของบริการสาธารณะ โดยให้บริการสาธารณะดำเนินไปตามปกติได้ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ (Theorie de l'imprévision) ฝ่ายปกครองจะต้องเข้ารับการระดมกับเอกชนคู่สัญญา เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

<sup>19</sup> บุปผา อัครพิมาน ก เล่มเดิม. หน้า 9.

3) หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ หมายความว่า การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และสนองตอบความต้องการของประชาชนโดยรวม ดังนั้นการดำเนินการบริการสาธารณะจึงต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับเหตุการณ์ วิกฤตการณ์ของความต้องการส่วนรวมของประชาชน ดังนั้นเมื่อความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป ผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนด้วยหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอนี้มีลักษณะเป็นกฎหมายของบริการสาธารณะ จึงมีผลใช้บังคับกับบุคคลทุกคนที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ เอกชนผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองหรือเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ ดังนั้นการขัดขวางการเปลี่ยนแปลงหรือยุบเลิกบริการสาธารณะจึงกระทำไม่ได้<sup>20</sup>

#### 2.1.1 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

สัญญาในความเห็นของนักกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส คือ การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ตรงกันซึ่งมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือหนี้ (Accord de volutes destine creer des obligations) แต่สำหรับนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความเห็นว่า “สัญญาหมายความถึงข้อตกลง (l'accord) ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดหน้าที่ (Obligation) แก่บุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องกลายเป็นลูกหนี้และจะก่อให้เกิดสิทธิ (Droits) แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะกลายเป็นเจ้าหนี้”<sup>21</sup> แนวความคิดดังกล่าวมองการแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ถูกต้องตรงกัน อันจะก่อให้เกิดข้อตกลงขึ้นมา ซึ่งอาจไม่ใช่สัญญาก็ได้แต่การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ถูกต้องตรงกัน อันจะก่อให้เกิดข้อตกลงในลักษณะสัญญานั้น จะต้องเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นนิติกรรม ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสถานภาพทางกฎหมายเฉพาะรายเฉพาะกรณี หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า นิติกรรมแบบอัตวิสัย (Acte subjectifs)<sup>22</sup>

สัญญาทางปกครองในความหมายโดยทั่วไป หมายถึงสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐกับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งโดยทั่วไปสัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง

<sup>20</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 43-52.

<sup>21</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 374.

<sup>22</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 23.

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งได้แก่รัฐบาลกับอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่เอกชน และเมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้วย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ในเบื้องต้นแรก เช่น รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อาจเข้าทำสัญญาในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรืออาจมอบหมายให้ข้าราชการระดับสูง เป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนได้ แต่ต้องมีการมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วย มิฉะนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชนอาจเป็นโมฆะได้ สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งที่ชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง เนื้อหาของสัญญาในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดีในกรณีสถานการณ์ทางเศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวนี้ด้วย เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยตลอด

ดังนั้นบริการสาธารณะที่ดีจะต้องเปลี่ยนแปลงให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริง ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ จึงเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือสัญญาทางแพ่งเมื่อมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาโดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ยาก เนื่องจากลักษณะของสัญญาแพ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแน่นอนตายตัว ต่างกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้จะมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้วก็ตาม แต่ภายหลังอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เสมอ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือข้อความในสัญญาระบุให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม หรือดำเนินการหรือออกมาตรการในการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

สัญญาพัสดุ (Les marchés) และสัญญามอบบริการสาธารณะให้จัดทำ (Délégation de service public) โดยวิธีการให้สัมปทาน (Les concessions) นับได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภท

ที่สำคัญและเก่าแก่ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตามสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทานบางสัญญาอาจไม่เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้<sup>23</sup>

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีความหมายของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ในมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่า “สัญญาทางปกครองได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ ตามกฎหมายมหาชน”<sup>24</sup> เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นองค์กรฝ่ายปกครองอาจใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้ สัญญาทางปกครองเยอรมันจึงเป็นสัญญาที่มักเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ความผูกพันทางกฎหมายในรูปของสัญญาแทนการใช้คำสั่งทางปกครองหรือใช้สัญญาเป็นเครื่องมือเสริมให้การออกคำสั่งทางปกครองมีความยืดหยุ่นและบรรลุดุเดือดประสงค์ทางปกครองได้มากขึ้น แต่การกระทำทางปกครองส่วนที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะหรือการจัดการวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นมักเป็นสัญญาทางแพ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา ไม่ใช่สัญญาทางปกครองเหมือนดังเช่นที่ปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส<sup>25</sup>

ในประเทศไทยได้บัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ทั้งนี้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง

<sup>23</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม, หน้า 495.

<sup>24</sup> ชาอุชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. หน้า 113 และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี*. หน้า 5.

<sup>25</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. หน้า 234.

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น อย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

2) สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และสัญญาใดที่มีได้มีลักษณะดังที่กล่าวมาย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

สัญญาทุกสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาหนึ่งจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องเป็นสัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ แม้สัญญานั้นจะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม ดังนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างคู่สัญญากับบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามสัญญาหลายประเภทไม่ได้มอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือสภาพของสัญญา ปรากฏว่าคู่สัญญาร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับฝ่ายปกครอง เช่น การจ้างลูกจ้างของรัฐ ซึ่งลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาเช่าเครื่องรับโทรทัศน์มาใช้ในโรงพยาบาล เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องพิจารณาความมีอยู่ของบริการสาธารณะก่อนการพิจารณาสาระของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอาจมีทั้งการกำหนดวิธีการจัดทำบริการสาธารณะหรือการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>26</sup>

ดังนั้นในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากวัตถุประสงค์ สัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือเป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล สัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง แม้สัญญานั้นจะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญา

<sup>26</sup> แหล่งเดิม. หน้า 328-330.

ตามกฎหมายเอกชนก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ<sup>27</sup> อธิบายสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (l'objet du contrat: l'exécution même du service public) โดยพิจารณาคำว่า “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” (Objet du contrat) คือหน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกัน เหมือนกับในสัญญาทางแพ่ง ข้อสังเกตต่อไปคือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากนักน้อย เช่น สัญญาเช่าอาคารเอกชนเพื่อตั้งที่ทำการไปรษณีย์ สัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง เป็นต้น แต่ถ้าหากสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาทุกสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมด อย่างไรก็ดีสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อความเกี่ยวข้องนั้นถึงขนาดที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือหน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะในตัวเอง แต่สัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ถึงกับเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงโดยสภาพจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ถ้าไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมาก (La clause exorbitante de droit commun) ซึ่งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสสัญญาประเภทที่มีเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (l'objet du contrat) แยกออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้<sup>28</sup>

1) สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างหรือการดำเนินงานบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณะประโยชน์ (Contrats relatifs a l'exécution de travaux publics) สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง ซึ่งศาสตราจารย์ซาปู อธิบายว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งหมายถึงสัญญาซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง และถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดว่าให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลก็จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการบริการแบบมหาชน โดยแท้ และฝ่ายปกครองก็มีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างและทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณะประโยชน์ แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

<sup>27</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2536). *กฎหมายมหาชน 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*. หน้า 84.

<sup>28</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 54-58.



ก. สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุง อสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมา เป็นเงินและสัญญาประเภทที่นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะมอบให้ผู้รับเหมาทำการก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณะประโยชน์แล้ว ยังมอบให้บริการหรือดำเนินกิจการของ อสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชน ผู้ว่าจ้างนั้น

ข. สัญญาประเภทที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จาก อสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ให้บริการเป็น ค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน สัญญาว่าจ้างสถาปนิกผู้ควบคุมงานการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์และสัญญาที่เอกชนจะได้รับประโยชน์จากการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ที่ยอมมอบเงิน วัสดุหรือที่ดินสำหรับการก่อสร้างนั้นให้แก่นิติบุคคลมหาชนโดยมีเงื่อนไขว่า นิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้น

2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (Contracts comportant occupation du domaine public) กฎหมายกำหนดให้สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ใน อำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองซึ่งศาสตราจารย์ชาปู อธิบายว่าถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมาย กำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น เนื่องจากการบริการสาธารณะสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็นการบริการแบบมหาชนโดยแท้ซึ่ง สัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและ ดำเนินการร้านอาหาร สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาดเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการ เล่นน้ำทะเล เป็นต้น

3) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงมี 3 ประเภท ดังนี้

ก. สัญญาให้สัมปทานดำเนินการบริการสาธารณะ (Contracts de concession de service public) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้ผู้สัญญาของฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการ ดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะนั้นอาจจะเป็นบริการ สาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้ การที่ สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากสัญญาประเภทนี้นิติบุคคลมหาชน เท่านั้นที่สามารถเข้าทำสัญญาได้

ข. สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรงได้แก่ สัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ตรงกับหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะนั้น และมีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นโดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานพยาบาลหรือหน่วยงานบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษาและสัญญาว่าจ้างผู้ดูแลเด็ก โดยสถานรับเลี้ยงเด็กเป็นต้น สัญญาว่าจ้างบุคลากรดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ถ้าเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ย่อย เช่น มีหน้าที่ทำความสะอาดของอาคารหน่วยบริการสาธารณะ เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะได้รับการว่าจ้างตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน

ค. สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับผู้ใช้บริการสัญญาดังกล่าวเป็นการดำเนินบริการสาธารณะอย่างหนึ่งจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าว ซึ่งการปลูกป่าเป็นการดำเนินการสาธารณะทางปกครองโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ใช้บริการ

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแนวความคิดเกี่ยวกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน ถือเป็นแนวความคิดที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากกว่า เนื่องจากการจัดทำกิจกรรมของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถดำเนินการต่างๆ ได้เช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักเกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองว่าฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการทำสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนหรือในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมแตกต่างจากการดำเนินกิจกรรมของเอกชน การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินการเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ของประชาชน<sup>29</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ยกตัวอย่างการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ดำเนินเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยให้สิทธิฝ่ายปกครองมากกว่าเอกชน เช่น อำนาจทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ซึ่งอาจเขียนข้อความในสัญญาที่รักษาเอกสิทธิ์ไว้ จึงต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับกับสัญญา โดยจะใช้กฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาไม่ได้ หากไม่ปรากฏข้อความรับรอง

<sup>29</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 324.

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญาและไม่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นการดำเนินบริการสาธารณะ โดยตรงจะถือว่าฝ่ายปกครองและเอกชนยอมรับกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญานั้น<sup>30</sup>

ศาสตราจารย์ชาญ อธิบายว่าสัญญาใดที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหากสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Clauses exorbitantes de droit commun) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองและเสนอข้อสังเกตเบื้องต้น 3 ประการ ดังนี้<sup>31</sup>

ก. สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีหลายชนิด ซึ่งโดยหลักสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ทั้งหมด ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญานั้นมุ่งตอบสนอง ยกเว้นในกรณีที่สัญญาทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการของตน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวนี้ ทำให้สัญญาเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ ถึงแม้ว่าสัญญานี้จะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ข. ในกรณีที่การกำหนดว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจเลือกที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันโดยสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ในกรณีนี้ลักษณะของสัญญาขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา แต่ในกรณีของสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์อย่างอื่น นอกจากลักษณะพิเศษของข้อสัญญาเป็นเกณฑ์พิจารณาแล้ว การกำหนดว่าสัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดจะต้องเป็นไปตามเกณฑ์เหล่านั้น โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาดังเช่นกรณีนี้

ค. ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Clause exorbitante) เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว ที่จะทำให้สัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นนั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม จำนวนหรือปริมาณของข้อสัญญาที่อาจจะมามีบทบาทที่สำคัญ คือในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาใดซึ่งมีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่ แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้ว ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

สำหรับความหมายของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ศาลได้ให้คำนิยามว่าเป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะ

<sup>30</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉม ก เล่มเดิม. หน้า 87.

<sup>31</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 49-54.

พิเศษ ตามปกติคู่สัญญามักจะไม่นิยามตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถแยกอธิบายความหมายของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนได้ ดังนี้

1) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ศาสตราจารย์ซาปู อธิบายว่า “ข้อสัญญาเช่นนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่ทำกันได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญา ซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการโรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาล ได้รับยกเว้นภาษีและข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของคอมมูน (Commune) ที่จะต้องกำหนดค่าภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภาษีนั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี ข้อสัญญาประเภทนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญาได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ”

2) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ศาสตราจารย์ซาปู อธิบายว่า “ข้อสัญญาประเภทนี้เป็นข้อสัญญาที่พบในทางปฏิบัติมากกว่าข้อสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนก็ได้”

แต่ในบางสัญญามีข้อสัญญาที่โยงไปถึงเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนหรือข้อกำหนดแนบท้ายสัญญา (Cahier des charges) ข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาและค่าปรับในกรณีทำงานล่าช้าหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญา หากคู่สัญญาขาดสภาพความเป็นบริษัท เป็นต้น<sup>32</sup> ซึ่งโดยตัวของเอกสารก็มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ นอกจากนี้ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษอาจตกเป็นโมฆะได้ หากขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญาหรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลักได้ เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาได้เลย หรือสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบังคับคดีได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งหากปรากฏข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทันทีสำหรับข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชน (Clauses Inusuelles) เนื่องจากฝ่ายปกครองมักไม่นิยามให้กำหนดไว้ในสัญญา เช่น การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แม้ไม่มีเหตุผิดสัญญา (Resiliation Discretionnaire) การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา

<sup>32</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 327.

มากเป็นพิเศษทุกชั้นตอน (Controle Exorbitant) หรือการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเอกชนด้วยกันเองทำไม่ได้ เช่น สิทธิพิเศษในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือฝ่ายปกครองให้ สิทธิพิเศษแก่เอกชนในการผูกขาด (Monopole) ในกิจการนั้นแต่ผู้เดียวหรือให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดิน ของเอกชนอื่นแทนฝ่ายปกครอง เป็นต้น<sup>33</sup>

ในประเทศไทยข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐ หมายถึง ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อ สัญญาที่กำหนด โดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลัก กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ ซึ่งโดยปกติสิทธิและหน้าที่ไม่อาจ ถูกกำหนดได้ในสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หากสัญญาใดมีข้อกำหนดพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตาม กฎหมายแพ่งสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่ผ่านมา ยังไม่สามารถสรุปได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในสัญญาทางปกครองโดยสภาพว่า หลักเกณฑ์เพียงประการเดียวเพียงพอที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง<sup>34</sup> จากการศึกษาความหมายของสัญญาทางปกครอง ทำให้ทราบว่าสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกัน การเกิดของสัญญาทางแพ่ง กับสัญญาทางปกครองก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การก่อให้เกิดสัญญาทางแพ่งมักจะอยู่บน พื้นฐานความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และอยู่บนพื้นฐานหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายซึ่งถูกต้องและตรงกัน อันเป็นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Sanction of Contract) กฎหมายกำหนดแต่เพียง หลักเกณฑ์ทั่วไปในการทำนิติกรรมประเภทสัญญาและวางกรอบให้คู่สัญญาปฏิบัติเพียงเท่าที่ กฎหมายกำหนด และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น คู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งย่อมมีเสรีภาพ โดยเสรีภาพของคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองมีความแตกต่างกัน

1) เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) ในสัญญาทางแพ่งเสรีภาพในการ ทำคำเสนอและทำคำสนอง กระทำโดยเจตนาอิสระของตนเอง อย่างไรก็ตามการคำเสนอและทำคำ สอนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องคำนึงถึงหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน แต่ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดทางกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองที่จะทำ สัญญาได้จะต้องเป็นบุคคลในกฎหมายมหาชนและผู้ที่จะทำแทนดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีอำนาจตาม กฎหมายด้วย

<sup>33</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 88.

<sup>34</sup> แหล่งเดิม. หน้า. 91-95.

2) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other party) ในสัญญาทางแพ่ง มิได้ถูกจำกัดให้เอกชนเลือกคู่สัญญาซึ่งคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งจะเป็นผู้ใดก็ได้เอกชนมีสิทธิเต็มทีในการเลือกคู่สัญญา และเอกชนจะเลือกใช้วิธีการใดเลือกคู่สัญญาก็ได้ แต่ในสัญญาของฝ่ายปกครองวิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องกระทำตามกฎหมาย ซึ่งถูกกำหนดให้ใช้วิธีที่เป็นกลางและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด ได้แก่ วิธีการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยการพัสดุ เช่น วิธีประกวดราคา (Adjudication publique) เป็นต้น<sup>35</sup>

3) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นในสัญญา (Freedom to decide to contract term) ในสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถกำหนดเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นในสัญญาไว้อย่างไรก็ได้ตลอดเวลา แต่ทั้งนี้ เงื่อนไขของสัญญาหรือข้อยกเว้นในสัญญาดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยเช่นกัน แต่ในสัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยเอกชนไม่อาจต่อรองข้อสัญญานั้นได้นอกจากเรื่องราคาสำหรับข้อสัญญาอื่นๆ เอกชนมีสิทธิแต่เพียงยอมรับหรือปฏิเสธ ไม่ทำสัญญาเท่านั้น

4) เสรีภาพที่ไม่ถูกบังคับให้ต้องทำตามแบบ (Freedom From Form) ในสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาจะทำสัญญาอย่างใดก็ได้ ซึ่งไม่ถูกบังคับให้ต้องทำตามแบบ เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้สัญญานั้นต้องทำตามแบบ แต่ในสัญญาทางปกครองคู่สัญญามักถูกกำหนดโดยกฎหมายให้ฝ่ายปกครองต้องทำสัญญาตามแบบของสัญญา เช่น ตามระเบียบพัสดุของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Code des marches publics) ในมาตรา 39 และมาตรา 250 ซึ่งกำหนดให้ทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา เว้นแต่บางกรณีสัญญาทางปกครองอาจทำด้วยวาจาก็ได้

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าการแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่สำคัญ เนื่องจากการจัดแบ่งประเภทของสัญญาเป็นที่มาของหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมี ดังนี้

1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุนิติสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย<sup>36</sup> ซึ่งตามประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Code des marchés publics) ฉบับใหม่ที่ประกาศรัฐกฤษฎีกาที่ 2001 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาพัสดุหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากนิยามความหมายมาตรา 1

<sup>35</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 98.

<sup>36</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 422-423.

แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ซึ่งกำหนดว่า “สัญญาพัสดุ ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ” ในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ พบว่า สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง (marchés de travaux publics) ได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาก่อสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำหรือสัญญาก่อสร้างอาคาร เป็นต้น ในทางกฎหมายถือว่าจำเป็นต้องแยกสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการออกจากสัญญาประเภทอื่น เนื่องจากมีผลโดยตรงต่อการปรับใช้กฎหมาย เพราะตามกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีระบบกฎหมายเฉพาะสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว ก็จะต้องดำเนินการตามกฎหมายเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ทั้งกระบวนการทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะมีการให้ความหมายและนิยามของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้แล้ว แต่ในทางปฏิบัติยังคงมีปัญหาในการแยกสัญญาจัดซื้อจัดจ้างออกจากสัญญาประเภทอื่น โดยเฉพาะสัญญาสัมปทาน ในกรณีที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดให้ได้มาซึ่งการบริการสาธารณะกับสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งจะมีลักษณะที่แยกได้ค่อนข้างยาก แต่ศาลปกครองวางหลักว่าสัญญาทั้งสองประเภทจะแตกต่างกันที่รูปแบบของผลตอบแทน คือ ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและได้รับผลตอบแทนในรูปของค่าธรรมเนียมการใช้บริการจากผู้ใช้บริการ

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุมิได้เป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญาเสมอไป แต่การที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองได้มีเงื่อนไขเฉพาะ คือ สัญญานั้นจะต้องมีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา และสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือคำพิพากษาที่ได้วางหลักไว้ ซึ่งตัวอย่างของสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง และแม้ว่าสัญญาต่างๆ ที่ทำขึ้น โดยองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่ถ้าเกี่ยวกับการพัสดุแล้วจะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดหาของกาไฟฟ้าและก๊าซ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะตามหลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง คือ การบริการสาธารณะและเงินที่เป็นข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

โดยปกติ การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องเกี่ยวกับคู่สัญญาที่รับหน้าที่จัดสร้าง จัดหาทรัพย์สินหรือบริการให้กับฝ่ายปกครอง จะไม่มอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะหรือดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเอง แต่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการจัดการพัสดุด้านบริการ คู่สัญญาอาจ

ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเองหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการ ซึ่งถือได้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน มักจะมีบทบาทในสัญญาว่าด้วยการพัสดุ เพราะสัญญาว่าด้วยการพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองได้โดยบันทึกเงื่อนไขทางปกครอง<sup>37</sup> (Cahier des charges) หรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (le Cahier des charges) ก็เป็นการเพียงพอที่จะทำให้มีลักษณะของเงื่อนไขที่พิเศษกว่าสัญญาตามกฎหมายเอกชน<sup>38</sup>

2) สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ สัญญาการมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>39</sup> สัญญาที่ทำขึ้นเป็นการมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการรับผิดชอบและเสี่ยงภัยกับกิจการนั้นตลอดระยะเวลาที่กำหนด โดยคู่สัญญาจะได้รับค่าตอบแทนเป็นการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการและจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดหาเงินเพื่อดำเนินการในโครงการนั่นเอง

นายฟิลลิป ทุร์เก้ เดอโบเรอการ์ (Philippe Turquet de Beauregard) ผู้เชี่ยวชาญด้านสัญญาทางปกครองจากสภาแห่งรัฐของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้อธิบายรูปแบบต่างๆของการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นโดยทำบริการสาธารณะว่ามีรูปแบบสำคัญ 5 รูปแบบ<sup>40</sup> ได้แก่สัญญาสัมปทาน (Concession) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ (Affermage) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ (Régie intéressée) สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐ (Gerance) สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ (Marché d'entreprise de travaux publics)

<sup>37</sup> Cahier des charges หมายถึง เอกสารของทางราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและในเรื่องอื่นๆ ไว้โดยละเอียด เพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐในการทำสัญญาทางปกครองในกรณีต่างๆ ซึ่งคู่สัญญามักใช้เป็นเอกสารเป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา. อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. หน้า 53.

<sup>38</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 53.

<sup>39</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 445.

<sup>40</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 61.



1) สัญญาสัมปทาน (Concession) เป็นรูปแบบของสัญญาที่ผู้ได้รับสัมปทานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะ โดยได้รับความเสี่ยงภัยเองและได้รับค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทนโดยเก็บจากผู้ใช้บริการ สำหรับสิ่งก่อสร้างและการลงทุนเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว สิ่งก่อสร้างต่างๆจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ<sup>41</sup> ซึ่งสิ่งก่อสร้างและการลงทุนดังกล่าวผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการเอง แต่ผู้รับสัมปทานอาจได้รับรายได้ทางอื่น เช่น เงินสนับสนุนโครงการของรัฐหรือรายได้จากค่าโฆษณาอันเป็นรายได้้นอกจากเงินค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ<sup>42</sup>

ในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา ผู้รับสัมปทานจะได้รับหลักประกันจากฝ่ายปกครองกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำให้เกิดความเสียหาย ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายหรือระเบียบหรือออกคำสั่งใดอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสัมปทานผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้สัมปทานได้ ทั้งนี้สัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนดตามสัญญาหรือเกิดเหตุสุดวิสัยซึ่งผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้หรือผู้ให้สัมปทานขอเลิกสัญญา<sup>43</sup>

2) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐหน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการในสิ่งที่มีอยู่แล้ว โดยการให้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนในรูปของค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ให้บริการ ซึ่งค่าธรรมเนียมจะแบ่งเป็นสองส่วน คือ ส่วนของเอกชนคู่สัญญาและของหน่วยงานเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ<sup>44</sup> การบำรุงรักษาซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐผู้เป็นเจ้าของโครงการ โดยจะต้องรับผิดชอบบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้นเอกชนผู้รับมอบหมายจึงมีความเสี่ยงภัยน้อยกว่าผู้รับสัมปทาน แต่ระยะเวลาตามสัญญาจะสั้นกว่า คือไม่เกิน 10 ปี รูปแบบของสัญญามักจะใช้ในกรณีที่สัมปทานเดิมหมดอายุและทรัพย์สินกลายเป็นของรัฐ โดยรัฐไม่ต้องการดำเนินการบริหารกิจการเอง

3) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ เอกชนสามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะ โดยได้รับมอบหมายจากรัฐ ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดไว้และผลกำไรที่จะได้รับจากผลงานนั้น การดูแลทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของผู้รับมอบหมาย ส่วนการซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ เอกชนจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ โดยจะต้องส่งให้รัฐทั้งหมด<sup>45</sup> การว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐเป็นรูปแบบการมอบหมายที่ให้

<sup>41</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม, หน้า 451.

<sup>42</sup> แหล่งเดิม, หน้า 452.

<sup>43</sup> แหล่งเดิม, หน้า 453.

<sup>44</sup> แหล่งเดิม, หน้า 451.

<sup>45</sup> หน้าเดิม.

เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะและยังทำให้เอกชนมีอิสระในการดำเนินการพอสมควร โดยสัญญาจะมีระยะเวลาประมาณ 5 ปี

4) สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐ มีลักษณะคล้ายกับสัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ แต่ผู้บริหารจัดการจะได้รับค่าตอบแทนแบบเหมาจ่ายกล่าวคือผู้รับมอบหมายให้ดำเนินการจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการและนำเงินส่งเข้ารัฐ ส่วนหน่วยงานของรัฐจะเป็นผู้จ่ายเงินให้แก่คู่สัญญา สัญญารูปแบบนี้จะมีความเสี่ยงภัยน้อยมาก แต่รัฐอาจผลักภาระความเสี่ยงภัยไปให้คู่สัญญาได้ เช่น กำหนดให้ผู้ดำเนินการต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผลงานไม่เป็นไปตามเป้าหมายที่กำหนดไว้โดยสัญญาจะมีระยะเวลาประมาณ 5 ปี

5) สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นรูปแบบผสมผสานระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ สัญญาโยธาสาธารณะและสัญญาสัมปทานจะใช้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ แต่ไม่มีงบประมาณที่จะสร้างเองได้รัฐจะตกลงกับเอกชนให้เป็นผู้ก่อสร้างโดยรัฐจะจ่ายเงินคืนให้แก่เอกชนเป็นงวดๆ และมีข้อตกลงว่าเมื่อโครงการแล้วเสร็จ ผู้ก่อสร้างมีสิทธิที่จะบริหารโครงการนั้นในรูปแบบของสัมปทาน

6) สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน<sup>46</sup> ปัจจุบันสัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย ซึ่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 กำหนดให้คดีที่เกิดขึ้นจากสัญญาประเภทนี้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและในทางวิชาการก็ยังคงเป็นที่ยอมรับว่า สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดินอันเป็นเรื่องในทางปกครองโดยแท้จึงเป็นเพียงการนำสิ่งที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพมากำหนดให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

### 2.1.2 ผลของสัญญาทางปกครอง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับเอกชนได้ทำสัญญาขึ้น โดยมีผลผูกพันหรือเกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นตามกฎหมาย เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งนั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ลงนามในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้เรียกร้องแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ในสัญญาทางปกครองสัญญามีได้มีผลผูกพันเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญา เพราะเจ้าหน้าที่กระทำการในนามของ

<sup>46</sup> บุนผา อัครพิมาน ก เล่มเดิม. หน้า 64-65.

หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม<sup>47</sup> สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการ บริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมาก รัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชนกล่าวคือ<sup>48</sup>

ประการแรก ถ้าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป รัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ได้ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม แต่รัฐต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนที่ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอันเป็นความแตกต่างจากสัญญา ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน เนื่องจากคู่สัญญาเอกชนฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขสัญญาโดยเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะต่างก็ทำเพื่อกำไรหรือผลประโยชน์ของตนทั้งสิ้น

ประการที่สอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญา เอกชนจะหยุดทำตามสัญญาหรือเลิกสัญญาทันทีไม่ได้ เนื่องจากบริการสาธารณะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะผู้เสียหายคือมหาชน เอกชนสามารถฟ้องศาลและเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ซึ่งต่างกับสัญญา ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยอมให้คู่สัญญาหยุดปฏิบัติตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนตนอันมิได้กระทบต่อประโยชน์มหาชน

ประการที่สาม หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมากถึงขนาดอาจจะล้มละลายได้ เช่น เกิดสงคราม แม้สัญญาจะกำหนดให้เอกชนต้องรับภาระ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่ารัฐมีหน้าที่ต้องช่วยรับภาระที่เกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายดังกล่าวด้วยโดยใช้เงินทดแทนมิให้เอกชนต้องล้มละลาย เพราะอาจกระทบกับการบริการสาธารณะ ซึ่งอาจจะต้องหยุดชะงักไปและประชาชนเสียประโยชน์ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายแพ่งถือว่าไม่ใช่การชำระหนี้พื้นที่จะทำให้เอกชนพ้นจากการชำระหนี้ ดังนั้น เอกชนยังคงต้องชำระหนี้ให้เป็นไปตามข้อสัญญาอยู่นั่นเอง แม้เอกชนจะล้มละลายก็ตาม

<sup>47</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ข (2546). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 155.

<sup>48</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2537, สิงหาคม) “ศาลปกครองกฎหมายปกครองและตัวอย่างสัญญาทางด่วน.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 13 (2). หน้า 23.

นอกจากนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (prerogatives exorbitantes) เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือการยกเลิกสัญญา ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองเหล่านี้เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามสัญญาในสัญญาทางปกครองถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะบังคับได้เองทันที (Decision Executoire)<sup>49</sup> โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาแต่อย่างใด ฝ่ายปกครองมีสิทธิบังคับให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการหรือปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและอาจเรียกร้องค่าเสียหายจากเอกชนคู่สัญญาได้ แม้จะไม่มี การตกลงไว้ในข้อสัญญาเลย ก็ตามแต่ฝ่ายปกครองจะต้องเตือนให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาเสียก่อน หากเอกชนคู่สัญญาเพิกเฉย ฝ่ายปกครองมีสิทธิเข้าดำเนินการเองหรือให้บุคคลใดๆ เข้าดำเนินการแทนโดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมด<sup>50</sup> ต่างกับสัญญาทางแพ่งซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาได้ การบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาจึงต้องอาศัยอำนาจทางศาล

สำหรับกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้หรือสัญญาที่มีข้อสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาพื้นวิสัย อันจะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นเป็นโมฆะซึ่งความเป็นโมฆะของสัญญาในสัญญาทางแพ่งไม่มีผลในทางกฎหมายและไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญา แต่ในสัญญาทางปกครองเมื่อมีเหตุแห่งโมฆะเกิดขึ้นในส่วนตัวส่วนหนึ่งของสัญญาแล้วโดยทั่วไปสัญญาย่อมเป็นโมฆะทั้งฉบับ เว้นแต่จะยอมรับได้ว่าแม้จะไม่มีส่วนที่เป็นโมฆะแล้ว คู่สัญญายังอยู่ในวิสัยที่จะทำสัญญาทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายได้<sup>51</sup>

เมื่อเกิดสัญญาขึ้นสัญญาจะเป็นข้อผูกพันให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างเคร่งครัด ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นสัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนอยู่ในบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เป็นอำนาจพิเศษฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (Prerogatives de la puissance publique) เช่นการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียวผลของสัญญาทางปกครองมี 3 ประการ ดังนี้

<sup>49</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค. (2540). “แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง.” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล*. หน้า 31.

<sup>50</sup> กมลชัย รัตนสากวาศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 159.

<sup>51</sup> แหล่งเดิม. หน้า 157.

1) สัญญาเป็นกฎหมายของคู่สัญญาเช่นเดียวกับกฎหมาย สัญญามีผลผูกพัน แต่สัญญาจะแตกต่างจากกฎหมายก็ตรงที่สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาและภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น ระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาความเห็นไม่ตรงกันก็เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องแปลความหมายหรือตีความ (Interprétation) สัญญานั้น หากเป็นคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ผู้พิพากษาศาลปกครองจะเป็นผู้เดียวที่มีอำนาจในการตีความสัญญาทางปกครอง

2) อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เนื่องจากหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการและเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ

3) อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจที่มีได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>52</sup>

### 2.1.3 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองเป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้นิติบุคคลซึ่งจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะมีอำนาจพิเศษที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชนนั้น ซึ่งเรียกว่าอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Les prerogatives de la puissance publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ถือว่าเป็นตัวชี้โดยปริยายว่า กิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะได้โดยบริการสาธารณะใดที่ผู้จัดทำมีอำนาจพิเศษก็จะถือว่าเป็นกิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ วัตถุประสงค์ที่สำคัญในการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษก็คือ เพื่อให้การจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองดำเนินการได้อย่างต่อเนื่องและรวดเร็วสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและเกิดผลดีต่อประโยชน์สาธารณะ อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

1) คำสั่งที่มีผลบังคับทันที (La décision exécutoire) เอกชนจะมีความสัมพันธ์กับเอกชนด้วยกันได้ก็แต่โดยความสมัครใจของกลุ่มหรือการดำเนินการของศาล ในขณะที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจแต่ฝ่ายเดียวของตนสร้างความสัมพันธ์ได้โดยไม่ต้องรอให้เอกชนกลุ่มใดตกลงใจหรือไม่ต้องรอให้ศาลสั่งก่อน ซึ่งหมายถึง เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งออกไปคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นจะมีผลบังคับทันที เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (Les actes réglementaires) อันได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่ผลเป็นกฎหมาย (Pouvoir réglementaire)

<sup>52</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 446-458.

หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (Les actes individuels) เช่น คำสั่งห้าม การอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

2) สัญญาทางปกครอง (Le contrat administratif) ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะบางประเภทฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเหนือเอกชน เช่น อำนาจพิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรืออำนาจพิเศษในการเลิกสัญญาได้ตลอดเวลา

3) อำนาจพิเศษเหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจะได้รับความคุ้มครองพิเศษจากกฎหมาย เนื่องจากฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นทรัพย์สินของฝ่ายปกครองย่อมต้องรักษาไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้ใดจะยึดหรือครอบครอง ปรปักษ์เพื่อเอากรรมสิทธิ์ หรือยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ไม่ได้ หรือฝ่ายปกครองจะโอนให้เอกชนก็ไม่ได้ หากไม่มีกฎหมายให้ออนเป็นการเฉพาะ<sup>53</sup>

## 2.2 แนวคิดและที่มาของการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

การปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ หรือหลักกฎหมายเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาเป็นหลักกฎหมายหนึ่งคือหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus หรือหลัก Frustration ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ดังนั้นในการพิจารณาที่มาของหลักกฎหมายเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา จึงต้องมีการพิจารณาที่มาของหลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus ที่ใช้เป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) อันเป็นหลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาและหนี้ และแนวคิดของการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า หลัก “Clausula Rebus Sic Stantibus”

ในกรณีเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญามีหลักกฎหมายต่างๆ ที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบ 2 หลักใหญ่ๆ คือ หลักเรื่อง Pacta Sunt Servanda หรือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา และหลักเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาลง เนื่องจากในตอนเริ่มแรกกฎหมายมองว่าเมื่อผู้ใดมาตกลงทำสัญญาต่อกัน บุคคลนั้นจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดทุกประการ โดยไม่มีข้อยกเว้น แต่ต่อมามีการมองเห็นว่าการที่จะให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดในทุกกรณีดังกล่าว ในขณะที่เหตุการณ์ต่างๆ แวดล้อมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากขณะที่

<sup>53</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม, หน้า 117-119.

ตกลงทำสัญญากันจะเป็นการ ไม่ยุติธรรมต่อคู่สัญญา จึงได้เกิดหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ขึ้นเพื่อจะลดความเคร่งครัดของหลัก Pacta Sunt Servanda ลงซึ่งสามารถพิจารณาหลักกฎหมายทั้งสองหลักดังกล่าวได้ ดังนี้

### 2.2.1 หลักกฎหมายเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

หลักกฎหมายเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญามีรากฐานมาจากสัญญาของ Praetor โดยปรากฏอยู่ในบท Ulpian in D. 2,14,7,7 ที่ว่า ข้าฯ จะบังคับตามข้อตกลงในรูปแบบของสัญญา ซึ่งได้มีการกระทำขึ้น โดยไม่มีความมุ่งร้ายหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย มติของประชาชน โดยรวมคำสั่งของสภาหรือคำรัสขององค์จักรพรรดิ หรือกลฉ้อฉลและกรณีคล้ายคลึงกัน<sup>54</sup> และต่อมาได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยนักกฎหมายทางศาสนา<sup>55</sup> ซึ่งมีหลักว่า เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาต่อกัน เมื่อเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว สัญญาจะยอมก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากว่าเมื่อเข้าทำสัญญาย่อมมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ได้เอง โดยไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจของกฎหมาย และโดยหลักแล้วในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญาถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความเท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญา เพราะฉะนั้น คู่สัญญาจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำไว้ ดังนั้นหลัก Pacta Sunt Servanda จึงเป็นหลักที่ว่าเมื่อคู่สัญญาทำความตกลงใดๆ ไว้จะต้องเคารพในข้อตกลงนั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะปลดเปลื้องตนเองจากความผูกพันที่เกิดจากการตกลงโดยสมัครใจไม่ได้ ซึ่งก็คือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา Sanctity of Contract นั่นเอง

ความเป็นมาของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหลัก Pacta Sunt Servanda เป็นหลักกฎหมายที่มีที่มาจากแนวความคิดในทางศาสนาและศีลธรรมเป็นสำคัญ กล่าวคือในศาสนาคริสต์ ในพระคัมภีร์เก่า Old Testament ได้มีการกล่าวว่า “เมื่อมนุษย์ได้ปฏิญาณตนต่อพระเจ้า หรือได้สาบานตนที่จะผูกพันตามคำมั่นสัญญาแล้ว เขาไม่อาจที่จะไม่กระทำตามที่กล่าวได้ แต่จะต้องปฏิบัติตามในทุกๆ สิ่งที่ทำไว้ (When a man makes a vow to the Lord or takes an oath to obligate himself by a pledge, he must not break his word but must do everything he said)” และในพระคัมภีร์ใหม่ได้กล่าวไว้ว่า “ถ้าเรากล่าวว่าใช่ก็ต้องใช่ ถ้ากล่าวว่าไม่ก็ต้องไม่ (Let your ‘yes’ be ‘yes,’ and your ‘no,’ be ‘no’)” ในกฎหมายมุสลิมบทที่ 5 ของคัมภีร์อัลกุรอาน ซึ่งเป็นบทในเรื่องของสัญญากล่าวไว้ว่า “ผู้ที่เชื่อจงปฏิบัติตามพันธะสัญญาของตน (O ye who believe! Fulfill (all) obligations)” ในกฎหมายโรมันซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นแม่แบบของกฎหมายในยุคปัจจุบันได้กล่าวว่า

<sup>54</sup> “Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo” (อ้างถึงใน อนงค์ สมบุญเจริญ, 2549:7-8)

<sup>55</sup> Reinhard Zimmerman. (1992). The law of Obligation Roman foundation of the Civil Tradition. p. 576.

pacta sunt servanda ex fide bona คือ “ข้อตกลงต่างๆ จะต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยสุจริต”<sup>56</sup> หลัก Pacta Sunt Servanda ได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นหลักกฎหมายใหญ่ในเรื่องของสัญญา โดยเฉพาะในศตวรรษที่ 18-19 ที่ความคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจนิยมสูงสุดไปด้วย เนื่องจากลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ laissez-faire, laissez-passer เห็นว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการดำเนินการใดๆ ได้เอง เว้นแต่ในกรณีเพื่อประโยชน์ส่วนรวมก็อาจถูกจำกัดเสรีภาพลงได้บ้างสำหรับกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับกันในสังคมควรจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกันเป็นผู้กำหนดขึ้น ดังนั้นจากแนวคิดนี้เจตนาของคู่สัญญาจึงถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกัน อันนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The Autonomy of the Will) ซึ่งเป็นหลักที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องได้เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จากหลักนี้บุคคลทุกคนจึงมีอิสระและเสรีภาพในการทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ได้เองและเมื่อสัญญาเกิดจากการตัดสินใจที่อิสระของคู่สัญญา หนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำโดยสมัครใจจึงเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด<sup>57</sup>

ดังนั้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาจึงเป็นหลักที่ว่า เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันแล้วและสัญญาดังกล่าวเป็นผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้นั้นก็จะมีผลผูกพันให้คู่สัญญาที่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหนี้ตามสัญญาได้และหากมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้ รัฐก็จะเข้ามาบังคับให้ปฏิบัติตามได้ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลกฎหมายและสังคม โดยการใช้อำนาจในทางตุลาการมาบังคับกับคู่สัญญา

จากการพิจารณาหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญาและหนี้ในแทบจะทุกเรื่อง แม้จะไม่มีกรณีบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เห็นได้ว่าเป็นหลักทั่วไปของสัญญาและหนี้ คือเมื่อบุคคลเข้าทำสัญญาต่อกันแล้วก็ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำกันไว้ เว้นแต่ในบางเรื่องที่กฎหมายบัญญัติว่าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาก็ได้ เช่น ข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือข้อสัญญาที่เป็นการพัน

<sup>56</sup> Aziz T Saliba, “Rebus sic stantibus: A Comparative Survey,” E Law – Murdoch University Journal of Law, Vol 8, No3. สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2554, จาก [http://murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83\\_test.html](http://murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_test.html)

<sup>57</sup> คาราวร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม*. หน้า. 16-17.



วิสัยที่จะปฏิบัติได้ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นอันโมฆะ กล่าวคือสัญญานั้นไม่มีผลบังคับใช้คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ เป็นต้น

## 2.2.2 หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Clausula rebus sic stantibus)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมต้องก่อให้เกิดภาระผูกพันต่อคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา นั่นคือ เกิดหน้าที่หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระ แต่อย่างไรก็ดีการที่จะยึดตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อสภาวะการณ์ยังคงเดิม ไม่เปลี่ยนแปลง หรือเป็นกรณีที่ไม่มีความเหตุแทรกแซงใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ได้ ดังนั้น หากสภาวะการณ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก หรือมีเหตุมาแทรกแซงทำให้การปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้ ก็อาจส่งผลให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในเรื่องนี้ คือ หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยนักสอนศาสนา (พระในศาสนาคริสต์) ในศตวรรษที่ 12-13<sup>58</sup> ซึ่งมีหลักว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง” ซึ่งได้มีการยืนยันว่าสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติแม้แต่คนที่เป็นศัตรูแต่หากสภาวะการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้

ตัวอย่างกรณีการใช้หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เช่น กรณีที่ศาลเยอรมนีได้ตัดสินในปี ค.ศ. 1920 โดยข้อเท็จจริงคือ ในปี ค.ศ. 1912 โจทก์ได้ตกลงทำธุรกิจกับจำเลยภายใต้ข้อสัญญาที่ว่า จำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการจัดหาไอน้ำจากโจทก์และ โจทก์ก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนการจัดหา ไอน้ำให้จำเลยตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ต่อมาในปี ค.ศ. 1917 เกิดเหตุการณ์ที่ราคาไอน้ำสูงขึ้นเป็นอย่างมาก โจทก์จึงปฏิเสธที่จะจัดหาไอน้ำให้จำเลยต่อไป เว้นแต่จำเลยจะจ่ายค่าตอบแทนให้โจทก์เพิ่มขึ้น จำเลยได้อ้างหลักเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta Sunt Servanda ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินเพิ่มขึ้นตามที่โจทก์เรียกร้อง ศาลได้พิจารณาแล้วตัดสินให้ตามที่โจทก์ร้องขอซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลปฏิเสธที่จะใช้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในกรณีนี้ และเป็นการนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกรณีเหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาต่อกัน<sup>59</sup>

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ได้เริ่มเสื่อมลงในศตวรรษที่ 18-19 เนื่องจากแนวความคิดเรื่องหลักสัญญาต้องเป็นสัญญากลับมามีอิทธิพลควบคู่กับหลักของลัทธิเสรีนิยมทางการค้าที่มีอิทธิพลในสมัยนั้น แต่อย่างไรก็ดียังปรากฏให้เห็นในกฎหมายปัจจุบันว่าหลัก Clausula

<sup>58</sup> Aziz T Saliba, supra Op.cti.

<sup>59</sup> Werner F Ebke and Bettina M Steinhaur. (1997). *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law in Good Faith and Fault in Contract Law*. p. 181.

Rebus Sic Stantibus ได้แทรกตัวให้เห็นในกฎหมายแพ่งของทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในปัจจุบันเราจะพบได้ในบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ของลูกค้านี้ได้แก่หลักเรื่อง Frustration ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักมูลเหตุของสัญญา (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ซึ่งในปัจจุบันก็คือมาตรา 313 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระที่หนักมากเกินไปจนเกินควร มาตรา 1467 วรรคแรกของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี<sup>60</sup> หรือหลักกฎหมายในมาตรา 1198 ของประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา<sup>61</sup> หลักกฎหมายในมาตรา 672 ของประมวลกฎหมายแพ่งปารากวัย<sup>62</sup> เป็นต้น ซึ่งในเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาและผลที่เกิดขึ้นจึงต้องนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังในเรื่องนี้มาประกอบการพิจารณาด้วย เพราะการพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมาย เรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus

หลักกฎหมายนี้มีชื่อเป็นภาษาละตินว่า “Clausula Rebus Sic Stantibus” หมายความว่า ความผูกพันตามสัญญาโดยอ้อมตั้งอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญานั้น<sup>63</sup> เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” การปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้มีปัญหาว่าหากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานสำคัญแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปจะมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเพียงใดและลูกหนี้จะอ้างเหตุที่พฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความผูกพันได้ใน

<sup>60</sup> Italian Civil Code มาตรา 1467 วรรคแรก “In contracts for continuous or periodic performance or for deferred performance, if extraordinary and unforeseeable events make the performance exceedingly burdensome, the party who owes such performance can demand a dissolution of the contract, with the effect set forth in art. 1458.”

<sup>61</sup> Argentina Civil Code มาตรา 1198 “Contracts are to be made, interpreted and executed in good faith, according to what the parties understood or could have understood, acting with care and foresee ability, (...) if the obligation of one the parties becomes exceedingly burdensome, as a result of unforeseeable and extraordinary events, that party may ask for a termination of the contract by offering an equitable compensation.”

<sup>62</sup> Paraguay Civil Code มาตรา 672 “... if unforeseeable and extraordinary circumstances make the obligation exceedingly burdensome, the debtor may ask for a termination of contract”

<sup>63</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม หน้า 7.

กรณีใดบ้าง เป็นปัญหากฎหมายที่เป็นที่รู้จักกันดีในระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปมานานแล้ว<sup>64</sup>

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดของเขตของเจตนาผูกพันหากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่า เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณีย่อมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยายว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ ตามปกตินั่นเอง<sup>65</sup>

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ได้รับการยอมรับและเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศและพบได้ในประมวลกฎหมายเอกชนในศตวรรษที่ 18 แต่ภายหลังจากมาหลักนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามั่นคงคลุมเครือ ไม่ชัดเจนและขาดความแน่นอน ดังนั้นหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus จึงถูกทิ้งไปในปลายศตวรรษที่ 18 และศตวรรษที่ 19 เนื่องจากในสมัยนั้น (ศตวรรษที่ 19) มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of freedom of contract) ลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยมซึ่งให้ความสำคัญกับหลักความอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) และการถือความหมายตามตัวอักษรของสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยในสมัยนั้นเน้นในเรื่องเสรีภาพในการตัดสินใจของบุคคลบุคคลทุกคนทำสัญญาผูกพันกันเอง โดยเน้นถึงความเป็นปัจเจกชน (Individualism) ทุกคนมีความสำคัญในตัวเอง การทำสัญญาเป็นเรื่องของความพึงพอใจตามที่ตนต้องการ บุคคลทุกคนสามารถกำหนดความสัมพันธ์ตามกฎหมายโดยการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอย่างอิสระตามเจตนาของบุคคล บุคคลมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาจะกระทำไม่ได้ ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและประโยชน์ส่วนรวม จึงต้องจำกัดขอบเขตของเสรีภาพเพื่อมิให้ปัจเจกบุคคล ให้เสรีภาพไปกระทบกระเทือนหรือทำให้เกิดความเสียหายแก่สังคม จึงทำให้หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มีอิทธิพลน้อยลงในประเทศที่ใช้ระบบ Civil law ซึ่งถือหลักเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The Autonomy of the will) และเจตนาอันนั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยศาล ซึ่งหลักเหล่านี้ได้กลายเป็นหลักสำคัญในกฎหมายสัญญา และทำให้เกิดความเจริญทางการค้าต่อมาในปัจจุบันในทางกลับกันแนวคิดทางกฎหมายได้ อยู่ภายใต้อิทธิพลของหลักสุจริต (Good Faith) และความเป็นธรรม (Equity) ซึ่งในกฎหมายสัญญาได้ละทิ้งหลักการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเด็ดขาด และได้ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ได้เมื่อการปฏิบัติตามสัญญากลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ซึ่งในหลายๆ ประเทศได้รับเอาหลักนี้ไปใช้

<sup>64</sup> แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

<sup>65</sup> แหล่งเดิม. หน้า 11.

สำหรับผลในทางกฎหมายของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดขอบเขตของเจตนาผูกพัน หากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณียอมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยายว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ตามปกตินั่นเอง<sup>66</sup> การปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้มีปัญหว่าหากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานสำคัญแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป จะมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเพียงใด และลูกหนี้จะอ้างเหตุที่พฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความผูกพันได้ในกรณีใดบ้างและพบว่าในกฎหมายปัจจุบันของประเทศต่างๆ ทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้มีหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus แทรกตัวเข้าไปและได้พัฒนาหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เพื่อปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยใช้ชื่อแตกต่างกันไป เช่น Imprevisio, Frustration of The Common Venture, Impracticability และ wegfall der geschäftsgrundiage (theorie de I impression)

ทั้งนี้ แต่ละประเทศได้นำ Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้โดยได้นำไปพัฒนาหรือขยายความหลักนี้ให้มีลักษณะหรือความหมายที่อาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกัน โดยบางประเทศได้นำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ในลักษณะของการชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัย และได้พัฒนาหลักนี้จนเป็นการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระอย่างมากแก่คู่สัญญา (Hardship) อีกกรณีหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้แต่การชำระหนี้จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องชำระหนี้ที่มีมูลค่าสูงมากกว่าที่คาดกันไว้ หรือได้รับชำระหนี้ในมูลค่าที่ลดลง (hardship) โดยคู่สัญญาไม่มีความผิด ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ได้ถูกนำมาปรับใช้และพัฒนาจากหลักที่มีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงจนมาสู่หลักการชำระหนี้ที่เป็นพันธวิสัย (Impossibility of Performance และ Frustration of The Venture) และหลักการชำระหนี้ที่ก่อให้เกิดภาระหนักเกินควร (Doctrine of Excessive Hardship)

การนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้และพัฒนาโดยให้ความหมายของหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ได้ 2 ความหมาย ดังนี้<sup>67</sup>

<sup>66</sup> หน้าเดิม.

<sup>67</sup> อมราลักษณ์ รักรัษฎวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 9.

1) หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในความหมายอย่างกว้าง หมายความว่า หากเกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้ โดยต่างฝ่ายต่างไม่ต้องชำระหนี้ กล่าวคือ เมื่อมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปกระทบต่อสัญญาแล้ว คู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หลุดพ้นจากการชำระหนี้

2) หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในความหมายอย่างแคบ หมายความว่า การที่แต่ละประเทศนำหลักการของเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามความหมายอย่างกว้างมาปรับใช้ในลักษณะของหลักการชำระหนี้ที่เป็นพันธวิสัย (Force Majeure) และหลักการชำระหนี้ที่เป็นไปอย่างยากลำบากหรือก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญา ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในการปฏิบัติชำระหนี้ (Hardship)

### 2.3 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

เมื่อเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองเองหรือเหตุการณ์ที่มีได้เกิดขึ้นจากการกระทำของคู่สัญญาหรือเหตุสุดวิสัย หรือกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภามีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญาเป็นด้วยความยากลำบากหรือเป็นภาระที่หนักเกินสมควรซึ่งระบบกฎหมายแต่ละประเทศมีวิธีแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่แตกต่างกัน

#### 2.3.1 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งทำหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางแนว คำวินิจฉัยคดีปกครองในกรณีพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปโดยพิพากษารับรองให้มีการปรับข้อตกลงตามสัญญาระหว่างรัฐกับคู่สัญญาเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหากเกิดข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามสัญญาขึ้น สภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยอมให้มีการปรับสัญญาได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ เหตุผลสำคัญในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ก็คือการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไป โดยไม่ขาดตอน เพื่อจะได้ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้น เมื่อพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย<sup>68</sup> ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้นจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของ

<sup>68</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ข (2549). รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่องปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้ เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events). หน้า 29.

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ<sup>69</sup>

1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ได้แก่ เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าเกิดขึ้น โดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ตามมาคือ การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์เช่นนี้อาจได้แก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหว หรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ เป็นต้น เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เรียกว่าเหตุสุดวิสัย เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยมีผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญา

2) เหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait Du Prince) ได้แก่ การกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎ ระเบียบใหม่เพื่อบังคับแก่คู่สัญญา เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาและมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา

3) เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ดังตัวอย่างเช่น การห้ามวัสดุบางอย่างเข้าประเทศ การลดค่าเงิน การขึ้นภาษี เป็นต้น

เหตุการณ์อันมีอาจคาดหมายได้ที่เกิดขึ้นระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา มีความแตกต่างจากเหตุสุดวิสัย โดยเหตุสุดวิสัย (La Force Majeure) นั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ จนอาจเป็นเหตุยกเลิกสัญญาทางปกครอง (La Résiliation Du Contrat) ที่ทำขึ้นได้ ซึ่งเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้จะมีลักษณะใกล้เคียงเหตุสุดวิสัย คือ เป็นเหตุภายนอกอยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญาเป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายหรือคาดการณ์ได้ล่วงหน้า แต่เหตุอันมีอาจคาดหมายได้นั้น เป็นเหตุที่เพียงทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากขึ้นมีภาระมากขึ้นเป็นอย่างมาก แต่ไม่ถึงขนาดทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้หรือเป็นการพ้นวิสัย นอกจากนี้เหตุมีอาจคาดหมายได้จะมีลักษณะเพียงชั่วคราวเท่านั้น หากเหตุนั้นกลายเป็นเหตุที่มีลักษณะถาวรเมื่อไรการชดเชยค่าเสียหายหรือค่า

<sup>69</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 89-90.

ทดแทนเพราะเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้จะยุติลง และเป็นเหตุที่คู่สัญญาอาจตกลงแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ หรือหากตกลงกันไม่ได้อาจร้องขอต่อศาลให้สั่งยกเลิกสัญญาได้ (C.E., 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg, Rec. 10500, concl. Josse ; S. 1933, 3, 9 note Laroque; D. 1933, 3, 7 note Pelloux ; R.D.P. 1933. 177, concl. Josse, note Jéze)<sup>70</sup>

ระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีบัญญัติหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2002 ในมาตรา 313 และในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยมาตรา 60 ซึ่งเป็นการบัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ และหากต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นและมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง<sup>71</sup> หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้ “มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (1) ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งกันเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ (2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ครอบคลุมถึงบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วย” ในสัญญาทางปกครองที่พิจารณาวินิจฉัยโดยศาลปกครองสูงสุดเยอรมนี มักไม่ค่อยมีปัญหาในทางชี้ขาดปัญหาในคดีมากนัก เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้มีบทบัญญัติในปัญหาว่า หากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดหมายได้เกิดขึ้นภายหลังได้ทำสัญญาแล้ว ทำให้รากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป หากจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้น กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิแก้ไขสัญญา หรือหากแก้ไขสัญญาแล้วไม่เกิดผลก็ให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้

<sup>70</sup> บุนผา อัครพิมาน ข (2554). “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1. กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ*. หน้า 193.

<sup>71</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี ก เล่มเดิม. หน้า 26 – 33.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองไว้เป็นกรณีพิเศษซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขปัญหาของนักกฎหมายเยอรมันในการตรากฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ตามกฎหมายแพ่งและหลักให้ความสำคัญคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (öffentliches Interesse) ตามกฎหมายมหาชนปกครอง<sup>72</sup>

### 2.3.2 การชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครอง

ในกรณีเกิดเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญา อาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางสำหรับแก้ไขปัญหามันในเหตุการณ์ดังกล่าวไว้ในคดี Gaz de Bordeaux ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1916 ว่าหากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าขึ้น เอกชนคู่สัญญาก็จะต้องดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวน<sup>73</sup>

ค่าทดแทนค่าเสียหาย อันเกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายนี้มีชื่อ “ค่าเสียหาย” (Dommages-intérêts) ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเรียกร้องเอาจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ ค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ จะคำนวณจากความสูญเสียที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับในระหว่างที่เกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ไปจนกระทั่งถึงการจบสิ้นลงของเหตุดังกล่าว ในขณะที่ค่าเสียหายจะคำนวณจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงทั้งหมดเต็มตามจำนวน<sup>74</sup>

<sup>72</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี ข “การเปลี่ยนแปลงและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsver) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 18 (2), หน้า 82 – 83.

<sup>73</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข แหล่งเดิม.

<sup>74</sup> Laurent Richer. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 466.



จำนวนค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้น หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Damnum Emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (Lucrum Cessans)

1) ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Damnum Emergens) ได้แก่ ค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายจริงที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้น อันมีผลจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ค่าใช้จ่ายหรือภาระที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว หากฝ่ายปกครองได้ขยายระยะเวลาของสัญญาเพื่อเพิ่มระยะเวลา การคืนทุนให้แก่เอกชนแล้วจะไม่ถูกนำมาคิดคำนวณเป็นค่าเสียหาย นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง นอกจากจะหมายถึงค่าเสียหายที่เป็นรูปธรรม (Prejudice Matériel) แล้วยังรวมถึงค่าเสียหายทางจิตใจ (Préjudice Moral) ด้วย

2) ส่วนค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (Lucrum Cessans) หมายถึง เฉพาะกำไรโดยชอบ (Benefice Légitime) เท่านั้น ซึ่งคือกำไรที่คู่สัญญาควรได้รับตามปกตินั่นเอง แม้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายในกำไรนี้จะถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในบางกรณี ศาลกลับตัดสินไว้ในแนวทางตรงกันข้าม คือชดใช้ค่าสินไหมทดแทน สำหรับค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น กรณีการใช้อำนาจยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวภายหลังสถานการณ์สงครามหรือ สถานการณ์ไม่สงบอื่นๆ ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งเฉพาะ ความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดกำไรด้วย นอกจากนี้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เต็มจำนวนความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายทั้งปวงเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายฝ่ายปกครอง ก็ต้องชดใช้ให้เพียงส่วนที่ตนกระทำเท่านั้นซึ่งก็เป็นคำวินิจฉัยของศาลที่เป็นเหตุเป็นผล<sup>75</sup>

จึงเห็นได้ว่าเมื่อเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครอง (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้นโดยเหตุการณ์ที่อยู่ นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นและต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการชั่วคราว ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางสำหรับแก้ไขปัญหานี้ในเหตุการณ์ดังกล่าวไว้โดยให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทน ความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้

<sup>75</sup> บุปผา อัครพิมาน ข เล่มเดิม. หน้า 189.

ค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวนดังเช่นในกรณีที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait Du Prince)

หลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษ สัญญาในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้นจะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น และโดยเหตุที่สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่ผูกอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่ามีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน (ระบบกฎหมายปกครอง) หรือไม่ ดังนั้นในระบบกฎหมายใดที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน เราจะไม่อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายนั้นมี “สัญญาทางปกครอง”<sup>76</sup>

โดยแรกเริ่มนั้นหลักกฎหมายดั้งเดิมตามคอมมอนลอว์ (Common Law) ศาลได้วางหลักเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation)<sup>77</sup> จากความเคร่งครัดในหลักสัญญาดังกล่าว ประกอบกับมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้เนื่องจากมีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดคิดเกิดขึ้นจากที่ได้ทำสัญญา ศาลอังกฤษจึงได้สร้าง หลัก Frustration ขึ้น เพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญาโดยมีหลักว่า “เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติการนั้นได้ต่อไป หรือทำให้การกระทำเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปกลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์อย่างมาก ส่งผลให้สัญญาสิ้นสุดและคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้”<sup>78</sup>

<sup>76</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 239-241.

<sup>77</sup> Guenter Treitel. (1999). *The Law of Contract*. p.805.

<sup>78</sup> พินัย ฌ นคร. (2545, มีนาคม). “หลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไป: ผลกระทบจากวิกฤตทางเศรษฐกิจ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 32 (1). หน้า 138-139.

### บทที่ 3

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศและไทย

บทนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ หรือ หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแต่ละประเทศได้นำ Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ โดยได้นำไปพัฒนา หรือขยายความหลักนี้ให้มีลักษณะหรือความหมายที่อาจคล้ายคลึง หรือแตกต่างกัน โดยบางประเทศได้นำมาปรับใช้ในลักษณะของการชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัยและได้พัฒนาหลักนี้จนเป็นการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระอย่างมากแก่คู่สัญญา (Hardship) อีกกรณีหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้แต่การชำระหนี้จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องชำระหนี้ที่มีมูลค่าสูงมากกว่าที่คาดกันไว้ หรือได้รับชำระหนี้ในมูลค่าที่ลดลง (Hardship) โดยคู่สัญญาไม่มีความผิด โดยได้นำมาปรับใช้ทั้งในระบบกฎหมายแพ่งภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายสหภาพยุโรป หลักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ “UNIDROIT” และในระบบกฎหมายปกครองหรือในสัญญาปกครอง

### 3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 3.1.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

กฎหมายปกครองในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเริ่มเป็นรูปเป็นร่างอย่างเห็นได้ชัด ภายหลังจากปฏิวัติฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 แต่ในความเป็นจริงแล้วก่อนการปฏิวัติคือในสมัย สมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็ได้มีการวางกฎเกณฑ์พิเศษอยู่แล้ว เพื่อรองรับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองภายใต้ระบบกษัตริย์ เมื่อมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 บรรดานักปฏิวัติทั้งหลายที่มีความรู้ทางด้านวิชาการด้านกฎหมายต่างก็ต้องการนำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Le principe de la separation des pouvoirs) มาใช้ในการปกครองประเทศเนื่องจากความหวาดวิตกว่าระบบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์จะกลับคืนมาอีก และจะได้รับการปกครองที่ไม่เป็นธรรมดังเช่นที่ผ่านมา

ในอดีต จึงได้จัดทำกฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นเพื่อห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครอง เป็นคู่ความกฎหมายฉบับดังกล่าวมีผลใช้ยู่จนกระทั่งปัจจุบันนี้

เมื่อกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ศาลยุติธรรมก็ไม่สามารถเข้ามาพิจารณาคดีที่มี ฝ่ายปกครองเป็นคู่ความได้ จึงเกิดปัญหาตามมาว่าใครจะเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความ ในเมื่อการมอบให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่าย ปกครองเป็นคู่ความไม่สามารถทำได้ การจัดตั้งศาลขึ้นมาใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่มี ฝ่ายปกครองเป็นคู่ความก็เป็นเรื่องที่ยุ้งยากและอาจสร้างปัญหาตามมา ดังนั้นจึงมีแนวความคิดว่า ควรให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความจะเหมาะสมที่สุด เพราะอย่าง น้อยก็เป็นการระงับปัญหาภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งไม่เป็นการกระทบถึงหลักการแบ่งแยก อำนาจและนอกจากนี้ฝ่ายปกครองเองก็ย่อมเข้าใจถึงกระบวนการในการดำเนินการต่างๆของ ฝ่ายปกครองได้เป็นอย่างดีอีกด้วย แนวความคิดดังกล่าวส่งผลทำให้เกิดระบบการควบคุม การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองขึ้นภายในฝ่ายปกครอง อันเป็นการควบคุมในระบบบังคับบัญชา (Le contrôle hiérarchique) โดยผู้บังคับบัญชาระดับสูงซึ่งก็คือรัฐมนตรีจะเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาที่ เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันหรือระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

ไปเลียนก้าวเข้าสู่อำนาจก็มีแนวความคิดที่จะจัดตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือ ฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมทั้งหลาย รวมถึงการปฏิบัติตามกฎหมายและแก้ไขข้อพิพาทอัน เกิดจากการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้นรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 จึงได้จัดตั้งสภา ที่ปรึกษาแห่งรัฐ (le Conseil d'État) ขึ้นภายในส่วนกลางและสภาที่ปรึกษาแห่งจังหวัด (le Conseil de prefecture) ขึ้นในระดับจังหวัด (Departement) โดยมีอำนาจหน้าที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 ว่าภายใต้การกำกับดูแลของนโปเลียน สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีหน้าที่ ยกร่างรัฐบัญญัติ (Rédiger un projet de loi) และกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (Les règlement d'administration publique) รวมทั้งแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองหน้าที่ ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและสภาที่ปรึกษาแห่งจังหวัดมีอยู่เพียงการให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครอง โดยไม่มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทยังคงเป็นอำนาจของฝ่าย ปกครองระดับสูงอยู่ดังเช่นที่เป็นมาก่อนหน้านี้ โดยผู้บังคับบัญชาสูงสุดจะเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาที่ เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนซึ่งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เรียกระบบนี้ว่าระบบ La justice retenue

เมื่อพิจารณาจากประวัติของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้วจะพบว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา คือในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1799 ถึงปี ค.ศ. 1872 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐพยายามที่จะหาความเป็นอิสระ ในการดำเนินงานให้กับตนเอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1872 ภายหลังจากที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้

สร้างความน่าเชื่อถือให้กับสังคมว่า สามารถพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้เป็นอย่างดีแล้ว รัฐสภาก็ได้จัดทำกฎหมายฉบับหนึ่ง คือรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 เพื่อแยกหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐออกจากกัน กล่าวคือมีการแยกหน้าที่ในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายปกครอง (ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับร่างกฎหมายหรือร่างรัฐกฤษฎีกา (Décret) ออกจากหน้าที่ในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง (เตรียมร่างคำวินิจฉัยให้รัฐมนตรีที่มีอำนาจเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน) กฎหมายฉบับนี้มีผลทำให้ระบบ la justice retenue สิ้นสุดลง โดยในมาตรา 9 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีอำนาจในการพิจารณาคำร้องเรียนที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยให้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดได้ด้วยตัวเองไม่ต้องให้ผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเป็นผู้ชี้ขาดอีกต่อไป ซึ่งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกกระบวนนี้ว่า La justice deleguée นับแต่บัดนั้นเป็นต้นมา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจึงกลายเป็นศาลปกครองที่ตัดสินในนามของประชาชนชาวฝรั่งเศส

นอกจากรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 จะสร้าง “ศาลปกครอง” ขึ้นมาแล้ว รัฐบัญญัติดังกล่าวยังได้จัดตั้ง “ศาลคดีขัดกัน” (Le Tribunal des conflits) ขึ้นมาอีกด้วย ศาลคดีขัดกันเป็นศาลที่มีความจำเป็นมากในระบบศาลคู่เพราะทำหน้าที่เป็นผู้ “ชี้” ว่าข้อพิพาทที่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลจะอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาของศาลใดในระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครองนอกจากนี้แล้ว ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาจะพบว่าศาลคดีขัดกันได้วางหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญๆ ไว้มากมาย หลักเหล่านี้เกิดจากการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมนั่นเอง

ในปี ค.ศ. 1873 คำวินิจฉัยหนึ่งของศาลคดีขัดกันได้วางหลักสำคัญสองหลักเกี่ยวกับกฎหมายปกครองคือ หลักที่ว่าบริการสาธารณะ (Le service public) เป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง กับหลักที่ว่าระบบกฎหมายปกครองมีความเป็นอิสระจากระบบกฎหมายเอกชน คำวินิจฉัยดังกล่าวได้แก่คำวินิจฉัยคดี Blanco ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปความได้ว่าเด็กหญิงคนหนึ่งได้รับบาดเจ็บในสถานที่ทำงานของฝ่ายปกครอง ผู้ปกครองเด็กหญิงนั้นจึงเรียกค่าเสียหาย มีคำถามเกิดขึ้นว่า ระบบศาลใดจะเป็นระบบศาลที่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทนี้และจะนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการจ่ายค่าทดแทน คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกันในคดีดังกล่าวได้วางหลักสำคัญไว้สองประการคือ ในประการแรกนั้น เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีดังกล่าวเนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นมีที่มาจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจหลักของฝ่ายปกครองจึงย่อมอยู่ในอำนาจของศาลปกครองแต่เพียงศาลเดียวที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ส่วนในประการที่สองศาลปกครองได้วางหลักไว้ว่า ไม่ให้นำเอาหลักกฎหมายแพ่งมาใช้

ในการชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว และต้องนำหลักเกณฑ์เฉพาะ (Des règles spécifiques) มาใช้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองจึงไม่สมควร นำเอากฎหมายเอกชนซึ่งใช้สำหรับความรับผิดชอบทั่วไประหว่างเอกชนด้วยกันมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีดังกล่าว แต่สมควรให้ศาลปกครองเป็นผู้วางกฎเกณฑ์พิเศษในการพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง จากผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวกฎหมายปกครองจึงถือกำเนิดขึ้นและมีความเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายเอกชน

แม้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 จะไม่มีการบัญญัติถึงระบบศาลปกครองและคดีปกครองไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le conseil Constitutionnel) ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้วางหลักที่เกี่ยวข้องกับระบบศาลปกครองไว้ในคำวินิจฉัยสองคำวินิจฉัย คำวินิจฉัยแรกคือคำวินิจฉัยลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง (Le juge administratif) ว่าเป็นหลักการสำคัญที่กฎหมายแห่งสาธารณรัฐให้การยอมรับ ส่วนในคำวินิจฉัยที่สองคือคำวินิจฉัยลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987 นั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับถึงอำนาจของตุลาการศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัยคดีพิเศษบางประเภท โดยเฉพาะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ในการวินิจฉัยทั้งสองคดีดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้มาปรับใช้กับระบบศาลปกครองและได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยทั้งสองด้วยว่า หลักที่ปรากฏในคำวินิจฉัยทั้งสองนั้นเป็นหลักที่มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญ (De valeur constitutionnelle) ซึ่งหมายความว่า เป็นหลักที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองนั่นเอง

จากวิวัฒนาการที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ลักษณะของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นเป็นกฎหมายที่มีที่มาจากแหล่งที่มาที่สำคัญสองแหล่งคือจากแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีใช้ศาลยุติธรรม เนื่องจากเหตุผลที่ว่าภารกิจของฝ่ายปกครองเป็นภารกิจที่มีลักษณะพิเศษซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประโยชน์ส่วนรวม (l'interet general) และจากหลักว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจที่ต้องแยกการตัดสินใจชี้ขาดข้อพิพาทของฝ่ายบริหารออกจากกระบวนการยุติธรรมของฝ่ายตุลาการในกฎหมายมหาชนของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแนวคิดและหลักกฎหมายต่างๆ มักจะมาจากแนวคำพิพากษาของศาล ประกอบกับหลักทางทฤษฎีกฎหมายที่ฝ่ายวิชาการสร้างขึ้น<sup>1</sup>

<sup>1</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ค (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. หน้า 17-22.

ศาสตราจารย์เวอเดล (Georges Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสได้อธิบาย<sup>2</sup> ไว้ว่าในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำ “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” แล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับนั้นเรียกกันว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l' Administration)”

ทั้งนี้ สัญญาของฝ่ายปกครองหรือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนหรือนิติบุคคลอื่นสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (Contrats du droit commun de l'administration) โดยมีเพียงสัญญาประเภทแรกคือ สัญญาทางปกครองเท่านั้นที่จะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเดียวกับกฎหมายเอกชน ซึ่งก็คือหลักกฎหมายแพ่งนั่นเอง และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา

กรณีจึงสรุปได้ว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrats de l'administration)” อาจแยกได้เป็นสองประเภท คือ สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง ซึ่งการแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองประเภทตามระบบกฎหมายปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากเหตุผลสองประการ ประการแรก เป็นเหตุผลในเชิงประวัติศาสตร์ที่ต้องการลดบทบาทของศาลยุติธรรมลงในคดีปกครอง ซึ่งเหตุผลดังกล่าวสอดคล้องกับเหตุผล ประการที่สองที่เกี่ยวกับเนื้อหาของตัวของตัวสัญญาทางปกครองนั่นเอง โดยวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชนและรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาทางปกครองในฐานะของผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของมหาชน ดังนั้นความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชนจึงไม่อาจตั้งอยู่บนฐานความสัมพันธ์ของกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

### 3.1.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้นำหลัก *Clausula rebus sic stantibus* มาบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง แต่ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายนี้มาวินิจฉัยคดีปกครองและได้ยึดถือแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อมาและในคดีแพ่งศาลก็ไม่ได้นำหลักกฎหมายนี้มาใช้กับคดีแพ่ง<sup>3</sup>

<sup>2</sup> บุปผา อัครพิมาน ก เล่มเดิม. หน้า 20 – 21.

<sup>3</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 45.

สำหรับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ในสัญญาทางปกครองสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้วางแนวคำวินิจฉัยคดีปกครองในกรณี พฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปโดยพิพาทขอรับรองให้มีการปรับข้อตกลงตามสัญญาระหว่าง รัฐกับคู่สัญญาเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหากเกิดข้อขัดข้องใน การปฏิบัติตามสัญญาขึ้น สภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยอมให้มีการปรับสัญญาได้ตามความเหมาะสม แก่พฤติการณ์เหตุผลสำคัญในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ก็คือการคุ้มครองประโยชน์ของ สาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไป โดยไม่ขาดตอนเพื่อจะได้ไม่กระทบ ต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้นเมื่อพฤติการณ์ แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้น ไปด้วย<sup>4</sup>

สภาแห่งรัฐวางแนวไว้ว่า โดยหลักสัญญาสัมปทานกำหนดสิทธิและหน้าที่ของ ผู้ให้สัมปทานและคู่สัญญาต้องผูกพันตามนั้นไปจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุด โดยผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ ต้องจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายและภายใต้เงื่อนไขที่สัมปทานกำหนด ทั้งนี้ความ เปลี่ยนแปลงของราคาวัตถุดิบจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจอาจสูงขึ้นหรือต่ำลงเป็นสิ่งที่ผู้รับ สัมปทานจะต้องยอมรับความเสี่ยงภัยนั้นเอง เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายยอมรับรู้และยอมรับความ ไม่แน่นอนนั้นและคำนวณเพื่อความไม่แน่นอนดังกล่าวมาตั้งแต่ต้นอย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวราคา ถ่านหิน ซึ่งเป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซสูงมากเกินกว่าที่คู่สัญญาจะสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า ในขณะที่ทำสัญญา เหตุการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อความสมดุลของประโยชน์ ได้เสียที่กำหนดไว้ในสัญญา ดังนั้นบริษัทผู้รับสัมปทานจึงยืนยันว่าตนไม่อาจจะดำเนินบริการ สาธารณะที่ได้รับมอบหมายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้แต่ดั้งเดิมในสัญญาหากสถานการณ์ดังกล่าว ยังไม่คลี่คลาย ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องค้นหาแนวทางที่จะทำให้เหตุการณ์ผิดปกติที่เกิดเพียงชั่วคราว นั้นสิ้นสุดลง ซึ่งแนวทางดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงทั้งประโยชน์สาธารณะคือบริการสาธารณะที่จัดทำ โดยบริษัทผู้รับสัมปทานที่ต้องมีความต่อเนื่อง ซึ่งรัฐจะต้องมีส่วนช่วยเหลือบริษัทในทุกทางที่ เป็นไปได้กับคำนึงถึงเงื่อนไขพิเศษที่ทำให้ไม่อาจ ดำเนินการตามข้อสัญญาตามปกติจึงวินิจฉัยว่า ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องดำเนินการต่อไปและผู้รับสัมปทานต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น เพียงบางส่วน เท่าที่วิญญูชนอาจตีความได้จากสัญญาจึงสั่งให้คู่สัญญาไปตกลงเงื่อนไขที่ ผู้รับสัมปทานจะยังดำเนินการบริการสาธารณะต่อไปได้ รวมทั้งการกำหนดค่าทดแทนให้ผู้รับสัมปทาน

<sup>4</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 29.



เพราะการณั้ันด้วย<sup>5</sup>

ในกรณีเกิดเหตุที่มีโอกาสคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ศาลปกครองสูงสุด ได้วางแนวทางสำหรับแก้ไขปัญหานั้นในเหตุการณ์ดังกล่าวไว้ในคดี Gaz de Bordeaux ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1916 ว่าหากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าขึ้นเอกชนคู่สัญญาที่จะต้องดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวน<sup>6</sup>

จากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐได้ยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus ในสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในเรื่องนี้เป็นกรณีที่พฤติการณ์ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปและมีผลกระทบต่อกรปฏิบัติตามสัญญาซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยโดยยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus ในเชิงความหมายอย่างกว้างกล่าวคือ พิจารณาในลักษณะที่ให้มีการปรับสัญญาเพื่อให้สัญญายังคงมีผลต่อไป โดยไม่ได้ปรับใช้หลักดังกล่าวเพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลง เหตุผลสำคัญที่ศาลคำนึงถึงในคดีนี้ คือ เรื่องของการบริการสาธารณะต้องต่อเนื่อง ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสัญญาทางแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ศาลยุติธรรมไม่ยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus โดยให้ความสำคัญกับข้อตกลงของสัญญาที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนากันไว้เองยิ่งไปกว่าหลักความเป็นธรรมและหลักสุจริต แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องของคู่สัญญาสองฝ่าย สัญญาทางปกครองส่วนมากมีผลกระทบกับการบริการสาธารณะ ซึ่งสภาแห่งรัฐคำนึงถึงหลักการบริการสาธารณะเป็นสำคัญ สภาแห่งรัฐจึงไม่อาจปฏิเสธหลัก Clausula rebus sic stantibus ได้เนื่องจากประโยชน์สาธารณะเรียกร้องนั้นเองรัฐได้ยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus โดยปรากฏจากคำพิพากษาด้วยเหตุผลที่เด่นชัดเพียงประการเดียว คือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้บริการสาธารณะ

<sup>5</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และคณะ. (2549). *วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ* (รายงานการวิจัย). หน้า 20-22.

<sup>6</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 89-90.

ดำเนินต่อไปได้โดยไม่ขาดตอน แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะเป็นแนวความคิดที่ถือได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและการทำสัญญา ทางปกครองก็เป็นวิธีการหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐจึงต้องตกอยู่ภายใต้ทฤษฎีบริการสาธารณะเช่นกัน

เมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนครบอายุสัญญานั้นคู่สัญญาจะมีสิทธิบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะได้รับการชดใช้เงินหรือสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชย โดยในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du Prince) อันเกี่ยวข้องกับความเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายนั้น เมื่อฝ่ายปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาฝ่ายเดียว คู่สัญญาก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าชดเชยได้ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยในคดี *Compagnie française des tramways* เมื่อปี ค.ศ. 1910 ส่วนในกรณีเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้า (Théorie de l'imprévision) อันเกี่ยวข้องกับความเปลี่ยนแปลงทางด้านข้อเท็จจริงนั้น ฝ่ายปกครองมีข้อผูกพันที่จะให้ความช่วยเหลือทางการเงิน (Aider finance element) แก่คู่สัญญาเพื่อให้คู่สัญญาสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Gaz de Boudeaux* เมื่อปี ค.ศ. 1916

ตัวอย่างคดีในสัญญาทางปกครองที่พิจารณาวินิจฉัยโดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสหรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้แก่

1. คดี *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*<sup>7</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทได้รับสัมปทานผลิตไฟฟ้าให้ประชาชนจากเทศบาลเมืองบอร์โด ต่อมาเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟเพิ่มขึ้นจากราคา 35 ฟรังก์ ในปี 1915 เป็นราคา 117 ฟรังก์ ในปี 1916 บริษัทขอขึ้นค่าไฟฟ้า แต่เทศบาลไม่ยอมบริษัทจึงมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอขึ้นค่าไฟฟ้า เพื่อเป็นค่าทดแทนเนื่องจากราคาถ่านหินสูงขึ้น 3 เท่า อันเนื่องมาจากสงคราม สภาแห่งรัฐพิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทน เพราะเงื่อนไขเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ครบถ้วนแล้วมีความเห็นว่าเป็น “สมควรหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหามีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยการให้รัฐเข้าไปช่วยเหลือทุกวิถีทางให้บริษัทดำเนินการได้ต่อไป แม้วิธีการดังกล่าวจะไม่อยู่ในสัญญาที่บริษัททำไว้กับรัฐก็ตาม”

<sup>7</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ ข (2543). สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. หน้า 58.

2. ในคดี *Compagnie des tramways de Cherbourg*<sup>8</sup> ซึ่งเทศบาลเมืองนั้นให้สัมปทาน การเดินรถแก่บริษัทดังกล่าวและบริษัทนั้นเคยได้กำไรมา และมาขาดทุนอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี 1916 เรื่อยมาจนถึง 1922 โดยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เทศบาลอนุมัติให้บริษัทขึ้นค่ารถราง 8 ครั้ง ครั้งสุดท้ายเทศบาลยอมอนุญาตให้บริษัทขึ้นราคาค่าโดยสารได้ตามที่เห็นสมควร แม้จะขึ้นราคา เท่าใดก็ยังขาดทุนอยู่ดี บริษัทจึงมาขอค่าทดแทนอีก จึงมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ซึ่งสภาแห่งรัฐ พิพากษาว่า “เมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาขาดทุนอย่างรุนแรง เทศบาลผู้ให้สัมปทานต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตามเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ต้องมีลักษณะชั่วคราวและหากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจใหม่ทำให้เหตุนี้กลายเป็น เหตุถาวรไปผู้ให้สัมปทานไม่อาจนำภาษีอากรของประชาชนมาชำระค่าทดแทนได้เพราะการดำเนิน กิจกรรมดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้เสียแล้ว และกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มาขอให้ศาลเลิกสัญญาสัมปทานได้”

ค่าทดแทนค่าเสียหายอันเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายนี้มีชื่อ “ค่าเสียหาย” (*Dommages-intérêts*) ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเรียกร้องเอาจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ จะคำนวณจากความสูญเสียที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับ ในระหว่างที่เกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ไปจนกระทั่งถึงการจบสิ้นลงของเหตุดังกล่าวใน ขณะที่ค่าเสียหายจะคำนวณจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงทั้งหมดเต็มตามจำนวน<sup>9</sup>

ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองอาจมีเหตุนอกเหนือความคาดหมายซึ่งทำให้ การปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบากเพราะเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเกินขนาด เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือเรื่องค่าทดแทนความเสียหายจากรัฐการคู่สัญญาได้ สิทธิเช่นนี้ของเอกชนคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เห็นว่าถ้าคู่สัญญาจะล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดหมายและไม่ใช่อุบัติของใครแล้ว บริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่จะต้องใช้ค่าทดแทนเพื่อให้คุณภาพทาง การเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมาอันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้ อย่างต่อเนื่อง ผลทางกฎหมายกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ก็คือ เอกชนคู่สัญญามีสิทธิ ได้รับค่าทดแทนจากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญา แต่ไม่เต็มจำนวนเท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

<sup>8</sup> แหล่งเดิม.

<sup>9</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 466.

อย่างเช่นเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเอกชนคู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่  
อย่างไรก็ดี เหตุที่มีโอกาสความหมายได้จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>10</sup>

1) เหตุที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องเป็นเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้จะเกิดขึ้น  
และจะต้องเป็นเหตุที่ไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤตการณ์เศรษฐกิจร้ายแรงหรือ  
การกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงินบาท การห้ามขึ้นราคาสินค้า  
แต่การเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดาเพราะเก็งกำไรไม่ได้กำไรไม่ใช่ทฤษฎีนี้

2) เหตุที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาคู่กรณีแห่งสัญญาและไม่ได้เกิดจาก  
การกระทำของคู่สัญญาและเป็นสิ่งที่คู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้

3) เหตุที่เกิดขึ้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา  
ก่อให้เกิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงทางเศรษฐกิจขาดทุนอย่างมหาศาลและเป็นส่วนที่เกิน  
ความเสี่ยงที่บุคคลธรรมดาสามารถคาดหมายได้

4) เหตุที่โดยไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้จะต้องเป็นเหตุชั่วคราวเพราะถ้าเป็นเหตุ  
ถาวรจำต้องเลิกสัญญาเสมือนสัญญาต้องเป็นพันธวิสัย

5) เป็นเหตุที่เอกชนคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้ แม้ว่าจะได้ใช้ความระมัดระวัง  
ตามสมควร

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของทฤษฎีที่มีโอกาสความหมายได้มุ่งเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของ  
บริการสาธารณะ ดังนั้นการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากเหตุมีโอกาสดความหมายได้นี้จะต้องรีบ  
ชดใช้ให้ในขณะที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นอย่างรวดเร็วเพื่อช่วยให้คู่สัญญาสามารถดำเนินบริการสาธารณะ  
ให้ต่อเนื่องเพราะหากสัญญาสิ้นสุดลงแล้ว การจ่ายค่าชดเชยในลักษณะนี้ก็จะไม่มีประโยชน์  
เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะอีกต่อไป โดยในการคำนวณความเสียหายในกรณีนี้  
ก่อนข้างผู้ขาดทุนปกครองมักจะตั้งผู้เชี่ยวชาญเข้ามาช่วยคำนวณเสมอ ซึ่งในการคำนวณ  
จะต้องคำนึงถึงดังต่อไปนี้<sup>11</sup>

ประการแรก การกำหนดจุดเริ่มต้นของเหตุอันมีโอกาสดความหมายได้ คือพิจารณาว่านับ  
ตั้งแต่เมื่อไรที่เหตุการณ์ผิดปกติเกิดขึ้นอันมีผลให้ภาระของคู่สัญญามีมากกว่าความเสี่ยงในการ  
ลงทุนทางการค้าตามปกติซึ่งจะเรียกว่า “ภาระช่วงนอกเหนือสัญญา”(Période extracontractuelle)  
หรือ “จุดเริ่มต้นของความไม่อาจคาดหมายได้” (Seuil de l'imprévision)

ประการที่สอง เมื่อได้จุดเริ่มต้นแล้วจึงคำนวณจำนวนค่าเสียหายหรือภาระทั้งหมดที่

<sup>10</sup> รัตนา เล็กสมบุญไชย. (2536). สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ. หน้า 74 - 77.

<sup>11</sup> บุปผา อัครพิมาน ข เล่มเดิม. หน้า 194.

เกิดขึ้นในช่วงนั้น

ประการที่สาม พิจารณาว่าฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับผิดชอบแบ่งส่วนกันคนละเท่าไร ซึ่งโดยปกติศาลจะให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเป็นส่วนใหญ่ และให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับผิดชอบเป็นส่วนน้อย โดยทั่วไปจะให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบประมาณ 90% ของภาระที่เกิดขึ้นจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ (เช่น C.E., 9 mai 1962, Ville de Bastia, Rec. 307) บางครั้งก็จะให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเพียง 80% (เช่น C.E., 8 nov. 1935, Ville de Lagny, Rec. 1026) แต่บางครั้งก็ให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบถึง 95% (เช่น C.E., 11 juin. 1943, Min. Marine, Rec. 148) การชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในกรณีต่างๆ ของสัญญา ทางปกครองบางครั้งก็นำหลักของกฎหมายแพ่งมาใช้ แต่ถ้าเมื่อไรที่ความเสียหายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะ ศาลปกครองก็จะวางหลักในเรื่องของค่าเสียหายหรือ ค่าทดแทนแตกต่างเป็นพิเศษกว่าในกรณีของกฎหมายแพ่ง เพื่อให้หลักในเรื่องนี้สนับสนุนให้การดำเนินการบริการสาธารณะเป็นไปโดยไม่ติดขัดขณะเดียวกันก็เพื่อชดเชยให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยนั่นเอง

### 3.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

#### 3.2.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ได้แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภทโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คือสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยบทบัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976<sup>12</sup>

1. สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาไม่อาจก่อตั้งโดยคำสั่งทางปกครองได้แต่ต้องอาศัยการแสดงเจตนาาร่วมกัน เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 2 นั้น

2. สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน ได้แก่ที่กระทำระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชน ซึ่งมีคำสั่งทางปกครองและสัญญาที่แสดงเจตนาาร่วมกันแต่ฝ่ายองค์กรปกครองมีฐานะที่สูงกว่าหรือมีเอกสิทธิ์

<sup>12</sup> มานิตซ์ วงศ์เสรี ก เล่มเดิม. หน้า 10 – 11.

### 3.2.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

หลัก *Clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางแพ่งได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2002 ในมาตรา 313 แต่หลักกฎหมายเรื่องนี้ในสัญญาทางปกครองได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยมาตรา 60 ซึ่งเป็นการบัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ และหากต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นและมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง<sup>13</sup>

ทฤษฎีรากฐานของสัญญา (Foundation of the Contract) หรือเรียกในภาษาเยอรมันว่า *Geschäftsgrundlage*<sup>14</sup> เสนอโดยนักกฎหมายเยอรมันชื่อ Oertman ในปี ค.ศ. 1921 ซึ่งหมายถึงความเข้าใจร่วมกันของคู่สัญญาหากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปโดยไม่อาจคาดหมายได้และมีผลกระทบร้ายแรงต่อสภาพทางการเงิน หรือทำให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ เป็นเหตุให้คู่สัญญาที่ต้องรับภาระจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจบอกเลิกสัญญาได้<sup>15</sup>

ในปี ค.ศ. 1958 ได้มีงานเขียนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และถือเป็นก้าวแรกที่มีการยอมรับว่ามีสัญญาทางปกครองในแวดวงวิชาการยิ่งไปกว่านั้น ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย โดยนิยามของสัญญาทางปกครองในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คือ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน โดยอาจจะมีทั้งสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันและคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันก็ได้ โดยทั้งสองประเภทได้ยึดหลัก *Clausula rebus sic stantibus* ไว้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ยิ่งไปกว่านั้นในมาตรา 60 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ยังได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก *Clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน<sup>16</sup>

<sup>13</sup> แหล่งเดิม. หน้า 26 – 33.

<sup>14</sup> Rainer Geiger. (1974, January) “The Unilateral Change of Economic Development Agreement.” *The International and Comparative Law Quarterly*, 23. p. 92.

<sup>15</sup> ปาร์วี พิลิจูเสนากุล. (2553). หลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง. หน้า 59

<sup>16</sup> Peter Hay. (Autumn 1961). “Frustration and its Solution in German Law.” *The American Journal of Comparative Law*, 10, p. 363.

หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้ “มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (1) ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ (2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ตราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงผลไว้ด้วย”

ในสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงกับเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในแผนกฎหมายมหาชน การยึดถือหลักการ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อย่างเคร่งครัดอาจทำให้ประโยชน์สาธารณะเสียหายได้ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองยืนอยู่บนความขัดแย้งสองด้าน ด้านหนึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเคารพสัญญาทางปกครองที่ตนเองได้ตกลงผูกพันกับเอกชนไปแล้ว อีกด้านหนึ่งฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำการเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียหาย ความขัดแย้งระหว่างหลักการสองประการนี้ได้รับการประนีประนอมในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นบทบัญญัติในรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการเรียกร้องให้ปรับเปลี่ยนและยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันอาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรงฝ่ายปกครองอาจให้สิทธิพิเศษยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ ส่วนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็มีการยอมรับหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน โดยเหตุผลสำคัญของคำพิพากษาคือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหลักการดังกล่าว แท้ที่จริงแล้วก็คือหลัก “Clausula rebus sic stantibus” ซึ่งถือกันว่าเป็นข้อยกเว้นของหลัก “Pacta sunt servanda” นั่นเอง เพียงแต่ในสัญญาทางปกครองหลัก Clausula rebus sic stantibus ได้รับการปรับใช้ในลักษณะให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นพิเศษเพราะเหตุที่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ เป็นผู้คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ตามการยอมรับสิทธิพิเศษในการยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายเยอรมันก็เป็นไปอย่างเคร่งครัดกว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส<sup>17</sup>

ดังนั้นในสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุดเยอรมันที่จะพิจารณาวินิจฉัยมักไม่ค่อยมีปัญหาในทางชี้ขาดปัญหาในคดีมากนัก เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้มีบทบัญญัติในปัญหาว่า หากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดหมายได้เกิดขึ้นภายหลังได้ทำสัญญาแล้วทำให้รากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป หากจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้น กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิแก้ไขสัญญา หรือหากแก้ไขสัญญาแล้วไม่เกิดผลก็ให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ในบทบัญญัติในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976

มาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1 VwVfG การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้<sup>18</sup> จึงเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองในกรณีนี้การชดเชยค่าเสียหายหรือชดเชยความเสียหายกฎหมายมีเจตนาให้คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งหมายถึงข้อตกลงในสัญญาและรวมถึงการชดเชยค่าเสียหายหรือชดเชยความเสียหายด้วย

นอกจากนี้แม้ว่ามาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 VwVfG จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (Entschädigung) ก็ตามในทางวิชาการมีความเห็นสอดคล้องตรงกันว่า คู่สัญญาเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ขอด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่ 1 VwVfG มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือฝ่ายเอกชนที่ได้รับ ความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้ สำหรับเหตุผลเบื้องหลังในการยกเว้นมาตรานี้ปรากฏว่าเจตนาของ

<sup>17</sup> มานิตซ์ วงศ์เสรี และวรเจตน์ กาจิรัตน์. (ม.ป.ป.). สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี หัวข้อที่ 2 หลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครอง. เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (รายงานการวิจัย). หน้า 7.

<sup>18</sup> แหล่งเดิม. หน้า 26.



ผู้ร่างกฎหมายเองประสงค์จะไม่บัญญัติถึงผลที่ตามมาภายหลังมีการเลิกสัญญาทางปกครอง เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องการใช้ค่าเสียหายเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาในแต่ละกรณีๆไป อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 VwVfG นี้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเอาไว้ ดังนั้นการจ่ายค่าทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหาย จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามมาตรา 14 และมาตรา 2 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาใช้บังคับ<sup>19</sup>

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเนื่องจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในภายหลังได้เปลี่ยนแปลงไปหรือเนื่องจากประโยชน์ของมหาชนมีความสำคัญ ยิ่งกว่านั้นเป็นการก้าวไปกระทบกระเทือนความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองซึ่งสมควรจะได้รับความคุ้มครอง ในกรณีดังกล่าวนี้มาตรา 49 วรรคห้า จึงกำหนดเรื่องการชดเชยค่าสินไหมทดแทนไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้กำหนดให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนไว้เป็นการทั่วไป<sup>20</sup>

### 3.3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ

สัญญาในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้นจะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น และโดยเหตุที่สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่ผูกอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่ามีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน (ระบบกฎหมายปกครอง) หรือไม่ ดังนั้นในระบบกฎหมายใดที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน เราย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายนั้นมี “สัญญาทางปกครอง”<sup>21</sup>

<sup>19</sup> แหล่งเดิม. หน้า 31 – 32.

<sup>20</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์ ค. (2544). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 245.

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 239-241.

หลักการแก้ไขข้อสัญญาเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ในประเทศอังกฤษมีหลักกฎหมายสำคัญที่เรียกว่าหลัก Frustration of Contracts ซึ่งหมายรวมถึงการพ้นวิสัย (Impossibility) และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ (Frustration of Purpose) ศาลมีอำนาจพิพากษาให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้ หากมีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปที่สำคัญแตกต่างไปจากเหตุการณ์ที่คู่สัญญาเข้าใจร่วมกันขณะทำสัญญาถือว่าคู่สัญญามีข้อตกลงโดยปริยายว่าสัญญามีผลผูกพันในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนจะมีข้อยกเว้นให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะแก้ไขสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว ดังนั้นการแก้ไขสัญญาโดยฝ่ายรัฐจึงไม่ต้องวิเคราะห์ภายใต้หลัก Frustration of Contracts และการเยียวยาในเรื่องสัญญาทางปกครองของอังกฤษจะมีกฎหมาย The Crown Proceeding Act 1947 ให้เอกชนฟ้องรัฐให้รับผิดชอบในมูลสัญญาได้ ศาลมีอำนาจพิพากษาแสดงถึงความมีอยู่ของสิทธิฝ่ายเอกชนหรือพิพากษาให้รัฐใช้ค่าเสียหาย แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้มีการชำระหนี้ได้เฉพาะเจาะจงหรือบังคับให้ใช้เงินค่าเสียหายได้ เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเอกชนการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องตั้งงบประมาณเพื่อชดใช้ค่าเสียหายไปยังรัฐสภาเพื่ออนุมัติ<sup>22</sup>

โดยแรกเริ่มนั้นหลักกฎหมายดั้งเดิมตามคอมมอนลอว์ (Common Law) ศาลได้วางหลักเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation)<sup>23</sup> ไว้ในคดี Paradine v. Jane<sup>24</sup> ว่าเมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาแล้วก็ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญานั้น แม้การปฏิบัติตามชำระหนี้จะกลายเป็นพ้นวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม คู่สัญญาดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในความเสียหาย โดยการพิสูจน์ว่า การปฏิบัติตามสัญญาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ กล่าวคือ คู่สัญญาก็ไม่อาจจะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาได้จะเห็นได้ว่าหลักสัญญาในกฎหมายอังกฤษเดิมนั้น ถือความเคร่งครัดของสัญญาเป็นสำคัญแม้มีเหตุการณ์เกิดขึ้นทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถเป็นไปได้ลูกหนี้ยังคงต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อไป ไม่อาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้จากความเคร่งครัดในหลักสัญญาดังกล่าวประกอบกับมีเหตุการณ์ที่

<sup>22</sup> บวรวิทย์ เปรื่องวงศ์. (2551). *การตีความและปรับข้อกำหนดเพื่อความเป็นธรรมในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทาน*. หน้า 65-66.

<sup>23</sup> Guenter Treitel. *Op.cit.* p. 805.

<sup>24</sup> (1647) Aley 26. "When the law casts a duty upon a man which, through no fault of his; he is unable to perform, he is excused for non-performance; but if he binds himself by contract absolutely to do a thing, he cannot escape liability for clarnages for proof that as events turned out performance is futile or even impossible."

เปลี่ยนแปลงไป ทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้เนื่องจากมีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดคิดเกิดขึ้นจากที่ได้ทำสัญญา ศาลอังกฤษจึงได้สร้างหลัก Frustration ขึ้นเพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา โดยมีหลักว่า “เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติการนั้นได้ต่อไปหรือทำให้การกระทำเพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปกลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์อย่างมาก ส่งผลให้สัญญาลิ้นผลและคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้”<sup>25</sup>

จากหลัก Frustration ที่ศาลอังกฤษวางไว้จะมีลักษณะดังนี้<sup>26</sup>

- 1) มีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญา
- 2) เหตุการณ์ตามข้อ 1) ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปหรือกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญามุ่งประสงค์เป็นอย่างมากหรือทำให้รากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป

ผลของหลัก Frustration ตามคอมมอนลอว์ คือสัญญาลิ้นผลลงทันทีและคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาเฉพาะหนี้ในอนาคตกเท่านั้น ต่อมาภายหลังรัฐสภาจึงตรา Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 โดยยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสม เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาลิ้นผลไปโดยเหตุของ Frustration<sup>27</sup> จากลักษณะของเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาแตกต่างไปจากที่คู่สัญญามุ่งประสงค์อย่างมากหรือไปทำให้รากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป ศาลอังกฤษได้วางหลักว่าจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของเจตนาหรือความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาเป็นหลัก กล่าวคือเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาและมีเหตุการณ์เกิดขึ้นที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ ตามที่ประสงค์ได้ แม้ว่าการชำระหนี้ไม่ถึงกับไม่สามารถกระทำได้โดยสิ้นเชิงหรือแม้ว่าจะปฏิบัติได้แต่สิ่งที่ได้รับก็จะผิดไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ หรือการชำระหนี้ที่เป็นอันไร้ประโยชน์หรืออาจกล่าวได้ว่าหากให้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไป ก็มีผลเสมือนเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ต่างไปจากเดิมสัญญาก็จะสิ้นผลไปโดยเหตุ Frustration<sup>28</sup> โดยในการพิเคราะห์ความประสงค์ร่วมกันดังกล่าว แม้เจตนาหรือความประสงค์อาจจะไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร

<sup>25</sup> อมรลักษณ์ รักษ์วงศ์. เล่มเดิม. หน้า 19.

<sup>26</sup> พินัย ฌ นคร. เล่มเดิม. หน้า 138-139.

<sup>27</sup> แหล่งเดิม. หน้า 145.

<sup>28</sup> แหล่งเดิม. หน้า 140.

แต่หากเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่สัญญามีความประสงค์ร่วมกันให้สิ่งใดเป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญา สัญญานั้นก็สิ้นผลโดยเหตุ Frustration เช่นกัน

กรณีที่พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างนอกเหนือความคาดหมาย เกิดเป็นข้อขัดข้องในการชำระหนี้ จนส่งผลกระทบต่อผลของสัญญา ซึ่งลูกหนี้อาจอ้างเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้ในหลักคำสอนทางกฎหมายของอังกฤษเป็นที่รู้จักกันในนามของ “Doctrine of Frustration of Contract”<sup>29</sup> หลักดังกล่าวนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดชอบทางสัญญาของอังกฤษ ซึ่งถือว่าสัญญาโดยทั่วไปเป็นสัญญารับประกันในความผูกพันหรือ Absolute Contractual Obligation<sup>30</sup> ข้อยกเว้นของหลักเรื่องนี้มีที่มาจากแหล่งสำคัญ 2 แหล่งด้วยกัน คือจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในคดี Taylor v. Caldwell [1863]<sup>31</sup> ซึ่งศาลได้พิพากษาวางบรรทัดฐานไว้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยอมไม่ต้องผูกพันตามสัญญา (และด้วยเหตุนี้จึงยอมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการผิดสัญญา) หากปรากฏว่าความมียู่ของทรัพย์สินใดเป็นเงื่อนไขสำคัญของการชำระหนี้ตามสัญญาและทรัพย์สินนั้นได้สูญหรือเสียหายไปเพราะเหตุสุดวิสัยก่อนที่หนี้ตามสัญญานั้นจะถึงกำหนด

ในสมัยหลังมานี้ มีการนำหลักเรื่องนี้มาขยายให้กว้างออกไปอีกดังจะเห็นได้ในคดี Robinson v. Devison [1971]<sup>32</sup> ในคดีนี้มีนักเปียโนท่านหนึ่งตกลงจะเล่นเปียโนในงานคอนเสิร์ตแห่งหนึ่งแต่นักเปียโนนี้เกิดป่วยกะทันหันจนเป็นเหตุให้ต้องบอกเลิกการแสดง หากจะเทียบเคียงเหตุผลในคดีนี้กับคดี Taylor v. Caldwell ก็จะได้ผลว่าการที่นักเปียโนท่านนี้เกิดป่วยขึ้นอย่างกะทันหันย่อมเปรียบเสมือนการที่นักดนตรีสูญเสยคุณสมบัติในการเป็นผู้แสดงดนตรีไปและจนกว่าจะถึงเวลาออกแสดง ความมียู่ของคุณสมบัตินี้กรื่องนักดนตรีเช่นนี้ย่อมเป็นสาระสำคัญของสัญญานี้

ในคดี Nickoll v. Ashton [1901]<sup>33</sup> ปรากฏว่ามีการซื้อขายเมล็ดพันธุ์ฝ้ายอียิปต์ผู้หนึ่ง โดยคู่กรณีตกลงกันว่าฝ่ายผู้ขายจะต้องจัดส่งสินค้าไปยังเมืองอเล็กซานเดรียโดยทางเรือรถไฟชื่อว่า “Orilando” ในช่วงเดือนมกราคม ค.ศ. 1900 แต่ปรากฏว่าเรือรถไฟที่ชื่อ “Orilando” นั้นได้จมลงใน

<sup>29</sup> แหล่งเดิม. หน้า 137.

<sup>30</sup> แนวคำพิพากษาหลักในเรื่องนี้คือ Paradine v. Jane [1647], Aleyn 26.

<sup>31</sup> Taylor v. Caldwell [1663], 3 V.&S. 826 ซึ่งเป็นคดีที่คู่สัญญาตกลงเช่าอาคารหอประชุมสำหรับแสดงดนตรี แล้วต่อมาหอแสดงดนตรีนั้นเกิดประสบอัคคีภัยไหม้หมดทั้งหลังก่อนที่จะถึงกำหนดแสดงดนตรี โดยไม่เป็นความผิดของทั้งสองฝ่าย คู่กรณีจึงพิพาทกันว่าต้องชำระค่าเช่าตามที่ตกลงกันหรือไม่ ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าสัญญาระงับสิ้นลงเพราะ Frustration.

<sup>32</sup> Robinson v. Devison [1971], L.R. 6 Exch 269.

<sup>33</sup> Nickoll v. Ashton [1901], 2K.B. 126.

ทะเลบอลติกตั้งแต่เดือนธันวาคม ค.ศ. 1899 แล้ว ในคดีนี้ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากได้อ้างหลักกฎหมายในคดี Taylor v. Caldwell ว่ามีข้อตกลงในลักษณะที่เป็น “เงื่อนไขโดยปริยาย Implied Condition” ระหว่างคู่กรณีว่าผู้ขายยอมหลุดพ้นจากหน้าที่ชำระหนี้ หากปรากฏว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือเรือ Orilando นั้นได้อับปรางลงและสิ้นสภาพการเป็นเรือบรรทุกสินค้าไปโดยมิได้เป็นผลมาจากพฤติกรรมซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างน้อยได้วิเคราะห์ปัญหาในคดีนี้และแสดงความเห็นแย้งไว้ว่า การที่ศาลพิพากษาเช่นนี้ เท่ากับพิพากษาให้ภาระความเสี่ยงจากการที่เรือกลไฟที่ตกลงกันไว้เดินทางมาไม่ถึงจุดส่งของตามเวลาที่กำหนดนั้นตกอยู่กับฝ่ายผู้ซื้อซึ่งเห็นว่าน่าสงสัยว่าเป็นธรรมแล้วหรือ ในเมื่อฝ่ายผู้ขายเป็นฝ่ายเลือกว่าจะส่งของที่ตกลงขายไปกับเรือลำใดและผู้ขายก็เป็นฝ่ายที่รู้ตำแหน่งที่ตั้งของเรือและเป็นผู้เช่าเรือในการทำขนส่งสินค้ารายนี้

หลักกฎหมายในคดี Taylor v. Caldwell นี้ได้กลายเป็นหลักที่ยอมรับกันแพร่หลายในที่สุด เมื่อได้มีการนำหลักนี้มาปรับใช้ในคดีงานพระราชพิธีบรมราชาภิเษก ในเวลาต่อมาคดี Krell v. Henry [1903]<sup>34</sup> ปรากฏว่าฝ่ายโจทก์ได้ให้ฝ่ายจำเลยเช่าห้องพักของตนเป็นเวลา 1 วัน เพื่อใช้ดูขบวนแห่ในพิธีบรมราชาภิเษกของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 7 แต่ปรากฏว่าพิธีบรมราชาภิเษกได้ยกเลิกไปฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญาเช่ารายนี้ได้ปฏิเสธที่จะชำระค่าเช่าและศาลก็ได้พิพากษายกฟ้องโจทก์โดยศาลได้ชี้ไว้ด้วยว่าหลักในคดี Taylor v. Caldwell ยอมรับนำมาปรับใช้ได้ทั้งในคดีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะการสูญสิ้นไปของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาและในคดีที่การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้เป็นเพราะเหตุการณ์ หรือพฤติกรรมอันเป็นเงื่อนไขแห่งข้อตกลง (Express Condition) ไม่เกิดขึ้นหรือได้ระงับสิ้นไปแล้ว และเหตุเช่นนั้นเป็นเหตุอันเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้หรือเป็นรากฐานแห่งสัญญา แม้ในคดีนี้จะไม่ปรากฏว่าในการส่งหนังสือบอกกล่าวและเจรจาระหว่างกันนั้นคู่กรณีในสัญญาได้ตกลงกันอย่างแจ้งชัดว่าการเช่ารายนี้มีความมุ่งหมายเพื่อใช้สถานที่เช่าชมขบวนพระราชพิธีบรมราชาภิเษก แต่ศาลก็อาจนำเอาพฤติการณ์แวดล้อมมาประกอบการพิจารณาได้ว่าอะไรเป็นรากฐานแห่งสัญญา (Foundation of Contracts)

แต่ทว่าในคดีเกี่ยวกับขบวนแห่ในพระราชพิธีอีกคดีหนึ่ง คือ Herne Bay Steamboat v. Hutton [1903]<sup>35</sup> ปรากฏว่าศาลได้ตัดสินไปในทางตรงกันข้ามกล่าวคือกรณีที่มีการยกเลิกพระราชพิธี

<sup>34</sup> Krell v. Henry [1903], 2K.B. 740 คดีนี้เป็นที่มาของ Frustration of Purpose หรือกรณีที่การชำระหนี้ (ส่งมอบห้องเช่า) ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ กล่าวอีกอย่างก็คือการชำระหนี้ (ซึ่งมิได้พันวิสัย) กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ที่ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยหลังก่อหนี้.

<sup>35</sup> Herne Bay Steamboat v. Hutton [1903], 2K.B. 683.

ไม่กระทบต่อความผูกพันตามสัญญาแต่อย่างใด ในคดีนี้ปรากฏว่าจำเลยได้ตกลงเช่าเรือของโจทก์ โดยกำหนดวันที่แน่นอน ทั้งนี้โดยระบุในสัญญาว่าเพื่อจะได้พากลุ่มนักท่องเที่ยวจำนวนหนึ่งนั่งเรือ ชมทิวทัศน์และรีวขบวนเรือราชนาวิในพระราชพิธีบรมราชาภิเษกของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 7 และ ชมกองเรือของราชนาวิที่จอดเทียบอยู่ที่ปลายอ่าวด้วย แม้ในคดีนี้จะปรากฏว่าการแห่เรือพระราชพิธี จะเลิกลี้ไปเพราะอาการประชวรเช่นกัน แต่ศาลก็ยังถือว่าผู้เช่ายังต้องผูกพันตามสัญญาเช่าต่อไป

ข้อแตกต่างระหว่างคดี *Herne Bay Steamboat v. Hutton* กับคดี *Krell v. Henry* นั้น น่าจะอยู่ที่ตรงที่ในคดีนี้แม้จะไม่มีรีวขบวนเรือพระราชพิธี แต่ผู้เช่ายังสามารถเล่นเรือชมทิวทัศน์และ เที่ยวชมกองเรือราชนาวิที่จอดเทียบอยู่ได้ กล่าวได้ว่าสามารถบรรลุความมุ่งหมายแห่งสัญญาเช่าราย นี้ได้บางส่วน แม้ว่าจะไม่มีการแห่เรือพระราชพิธีก็ตาม นอกจากนี้ยังควรคำนึงถึงด้วยว่าฝ่ายโจทก์ ให้เช่าเรือเป็นปกติธุระทางการค้า และจัดเรือไว้ให้เช่าในหลายวาระและโอกาสตลอดทั้งปี คดีนี้จึง พอจะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายพิเศษของฝ่ายจำเลยผู้เช่าที่เจาะจงจะเช่าดูขบวนเรือพระราชพิธี ในครั้งนี้ หากได้เป็นสิ่งที่ยุ่โจทก์ผู้ให้เช่าถือเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุนี้ความมุ่งหมาย ของฝ่ายผู้เช่าจึงมีลักษณะเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจฝ่ายเดียวไม่อาจถือได้ว่าเป็นรากฐานแห่งข้อตกลง ในสัญญาซึ่งต้องมีลักษณะเป็นความมุ่งหมายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย<sup>36</sup>

แนวคำพิพากษาในคดีทั้งสองข้างต้นนี้ได้หลอมรวมกันจนกลายเป็นรากฐานของหลัก Doctrine of Frustration of Contracts ซึ่งได้รับการยอมรับกันมาตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และยังคงนำมาปรับใช้แก่คดีพันวิสัยทั้งในแง่พันวิสัยโดยพฤตินัยและโดยนิตินัย และในคดีที่ความ มุ่งหมายแห่งสัญญาจะดับสิ้นไปด้วย (เช่น กรณีในคดี *Krell v. Henry* เป็นต้น) รวมทั้งยังมีการนำไปใช้ในคดีที่เกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนเป็นเหตุให้การชำระหนี้ล่าช้าหรือเนื้อหา แห่งหนี้เปลี่ยนแปลงไปจนถึงขนาดให้การชำระหนี้ดังกล่าวกลายเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น แตกต่างไป จากที่คู่กรณีมุ่งหมายถึงในขณะทำสัญญา<sup>37</sup>

โดยที่ระบบกฎหมายของอังกฤษเป็นระบบกฎหมายจารีตธรรม (The Common Law System) ซึ่งไม่ให้แบ่งแยกระบบกฎหมายเอกชนออกจากระบบกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด เนื่องจากแนวความคิดของระบบกฎหมายนี้เห็นว่ารัฐย่อมต้องผูกพันต่อกฎหมายทำนองเดียวกันกับ เอกชนที่ต้องผูกพัน การจะสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาเป็นระบบกฎหมายพิเศษแตกต่างออกไปเพื่อ ใช้เฉพาะนั้นเป็นการไม่สมควร เพราะเป็นการให้เอกสิทธิ์กับรัฐมากเกินไปจึงเป็นเหตุให้ไม่มีระบบ

<sup>36</sup> สำหรับผู้สนใจคดีนี้โปรดดู *McElroy/Williams, The Coronation Cases, Mod.L.Rew.4 (1941) 241; 5 (1942) 1.*

<sup>37</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 60

กฎหมายมหาชน หรือมีศาลปกครองโดยเฉพาะ เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนย่อมต้องเสนอให้ศาลที่พิจารณาคีระหว่างเอกชนกับเอกชนเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างคดีที่ถือเป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้สิ่งที่เป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป และมีผลให้การชำระหนี้สิ้นสุดโดยหลัก Frustration เช่น ในคดี Tatem Ltd. V. Gamboa<sup>38</sup> มีข้อเท็จจริงว่ารัฐบาลเช่าเรือโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการขนส่งชาวฝรั่งเศสที่ติดค้างในสเปนกลับสู่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามหลักของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมาย Civil Law โดยมีระยะเวลาเช่า 30 วัน คิดค่าเช่าวันละ 250 ฟรังก์ จนกว่าผู้เช่าจะส่งมอบเรือกลับให้เจ้าของเรือจริงๆ ต่อมาในระหว่างนั้นเรือที่ลำเลียงคนได้ถูกยึดโดยกลุ่มชาตินิยม และถูกกักไว้จนเลยวันที่ต้องส่งมอบเรือเกินกว่า 1 เดือน ผู้ให้เช่าจึงเรียกร้องค่าเช่าเรือในส่วนที่ส่งเรือคืนเลยวันครบกำหนด และรัฐบาลผู้เช่าอ้างว่าตนหลุดพ้นความรับผิดชอบแล้ว เนื่องจากสัญญาสิ้นสุดโดยผลของ Frustration ตั้งแต่วันที่เรือถูกยึด ศาลในคดีนี้พิพากษาว่า เมื่อมีเหตุการณ์ที่เกิดจากภายนอกอันเป็นเหตุการณ์ที่ไปกระทบต่อวัตถุประสงค์ หรือสิ่งที่เป็นรากฐานของสัญญาถูกทำลายลง สัญญานี้จึงสิ้นสุดโดยเหตุ Frustration เนื่องจากวัตถุประสงค์ตามสัญญาร่วมกันของกลุ่มสัญญา คือ การเช่าเรือเพื่อขนส่งคนเมื่อไม่สามารถขนส่งคนต่อไปได้เพราะมีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นเข้ามาขัดขวางทำให้สิ่งที่เป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากให้ผู้เช่าเรือต้องชำระค่าเช่าในส่วนที่ส่งเรือเลยครบกำหนดก็ถือว่าเป็นไปชำระหนี้ที่เป็นอันไร้ประโยชน์ผลคือต่างฝ่ายต่างหลุดพ้นจากการชำระหนี้หรือในคดี Taylor v. Caldwell มีข้อเท็จจริงว่ามีการเช่าโรงละครและสวนเพื่อใช้เป็นสถานที่แสดงคอนเสิร์ต มีกำหนดเวลา 4 วัน คือวันที่ 17 มิถุนายน 15 กรกฎาคม 5 สิงหาคม และ 9 สิงหาคม โดยเป็นการกำหนดเวลาที่แน่นอน แต่ก่อนเปิดคอนเสิร์ต 6 วัน เกิดเหตุการณ์ไฟไหม้โรงละครที่จะจัดเป็นสถานที่แสดงคอนเสิร์ตจึงถือเป็นเหตุการณ์ภายนอกที่เกิดขึ้น ทำให้วัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาดกลงร่วมกันไม่สามารถเป็นไปตามความประสงค์ตอนตกลงทำสัญญากัน การชำระหนี้จึงกลายเป็นอันไร้ประโยชน์ เมื่อไม่มีโรงละครก็ไม่มีประโยชน์ที่จะเช่าเพื่อแสดงคอนเสิร์ตต่อไป ศาลจึงตัดสินว่าสัญญาสิ้นสุดโดยเหตุ Frustration นั้นเอง

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าหลัก Frustration ที่ศาลอังกฤษวางหลักไว้เกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น ดูเหมือนศาลอังกฤษได้นำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ แม้จะไม่ได้กล่าวถึงในคำตัดสินของศาลก็ตาม และการที่ศาลอังกฤษนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ ก็เป็นการปรับใช้ตามความหมายอย่างกว้างของหลักนี้ กล่าวคือ

<sup>38</sup> [1939 1 KB 132; (1938) 3 ALL E.R. 135.

หากมีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้โดยเหตุการณ์นั้นทำให้การชำระหนี้เป็นสิ่งที่แตกต่างจากที่คู่สัญญาประสงค์ทำให้รากฐานของสัญญาเสื่อมเสียไป ซึ่งเป็นกรณีที่การชำระหนี้แม้สามารถยังกระทำได้ แต่การชำระหนี้จะเป็นอันไร้ประโยชน์แก่คู่สัญญา ซึ่งหากให้ปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปก็ไม่เกิดประโยชน์ใดๆ แก่คู่สัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมจึงให้สัญญาลิ้นผลโดยหลัก Frustration ได้

ดังนั้นจากการพิจารณาหลัก Frustration ของอังกฤษจะเห็นได้ว่าลักษณะของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาจะต้องเป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากันซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวจะต้องเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้และเป็นสิ่งที่ทำให้หากให้ยังชำระหนี้ตามสัญญากันต่อไป จะเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาประสงค์ร่วมกันให้เป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญาอย่างรุนแรง ส่วนการพิจารณาหลักกฎหมายเรื่อง Frustration ในส่วนของเหตุที่ทำให้สัญญาลิ้นผลไปโดยเหตุของ Frustration เราสามารถนำมาพิจารณาแยกพฤติการณ์ที่ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาและพฤติการณ์ที่ไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาได้

### 3.4 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.4.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัดและถูกจำแนกเป็นสัญญาต่างหากดังเช่น Contrats Administratifs ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวคิดทั่วไป สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาหรือการกระทำโดยรัฐหรือผู้ที่ได้รับมอบ อำนาจจากรัฐกับเอกชนอาจแยกได้เป็น 2 ประเภทคือ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) ซึ่งส่วนใหญ่ดำเนินการโดยเอกชนภายใต้การควบคุมของรัฐหรือของแต่ละมลรัฐ สภากองเกรสจะตรากฎหมายควบคุมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐโดยมีคณะกรรมการควบคุมระหว่างรัฐ (Federal Regulatory Commissions) ส่วนการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1984 ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐทั้งปวงที่ใช้เงินงบประมาณแผ่นดิน ความคิดเกี่ยวกับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะของสหรัฐแตกต่างไปจากแนวความคิดของไทยที่รัฐมีหน้าที่ในขั้นต้นที่จะจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน หากรัฐไม่สามารถดำเนินการได้ก็จะให้สัมปทานแก่เอกชนดำเนินการใน



สหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งที่เอกชนมีสิทธิดำเนินการได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ การจัดบริการสาธารณะส่วนใหญ่จึงดำเนินการโดยเอกชนภายใต้การควบคุมของรัฐ อาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภทด้วยกันคือ (1) กิจกรรมที่ให้บริการอย่างต่อเนื่องแก่ผู้บริโภคโดยมีโรงงานหรือระบบผลิตหรือจ่ายที่เชื่อมโยงกับระบบของผู้บริโภค และ (2) ระบบขนส่งสาธารณะ การควบคุมการพาณิชย์ภายในมลรัฐเป็นอำนาจของมลรัฐ<sup>39</sup> ความแตกต่างระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) กับสัญญาทางแพ่งของสหรัฐอเมริกา<sup>40</sup>

1) ข้อกำหนดในการทำสัญญา หน่วยงานของรัฐจะต้องได้รับอนุมัติงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน หากเป็นการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเอกชนต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสียก่อน โดยแสดงให้เห็นว่าประชาชนต้องการบริการสาธารณะดังกล่าวและตนเองสามารถจัดทำและให้บริการสาธารณะให้แก่ประชาชนได้อย่างมีคุณภาพและราคาที่ยุติธรรม และเมื่อได้รับ Certificate of Public Convenience and Necessity จากเจ้าหน้าที่ควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐแล้วแต่กรณีจึงจะจัดทำบริการสาธารณะได้

2) ผู้มีอำนาจทำสัญญา เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องได้รับมอบอำนาจเสียก่อน (Delegation of Power) ดังเช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF 1402 หนังสือรับการแต่งตั้ง (Certificate of Appointment) ซึ่งจะระบุข้อกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญา นอกจากนี้ข้อกำหนดที่กฎหมาย กฎ ระเบียบกำหนดไว้ สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเจ้าหน้าที่ผู้จะให้สิทธิแก่เอกชนจะต้องเป็นผู้มีอำนาจ เมื่อกล่าวถึงผู้มีอำนาจให้สิทธิต้องพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิระดับใด เช่น การให้สิทธิในระดับสหรัฐ ผู้มีอำนาจให้แก่ Federal Communications Commission (FCC) สำหรับกิจการโทรคมนาคมหรือกิจการวิทยุโทรทัศน์ Federal Energy Regulatory Commission (FERC) หากการค้าที่มีลักษณะระหว่างรัฐ (Interstate Commerce) เป็นต้น สำหรับมลรัฐได้แก่ State Public Utility Commission ของมลรัฐนั้นๆ

3) สิทธิพิเศษของรัฐ รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนโดยรัฐยังคงดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือเอกชนในบางประการ เช่น สิทธิของรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียว สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่มีการผิดสัญญา สิทธิในการกำหนดราคาค่าบริการในการให้บริการสาธารณะของผู้ได้รับอนุญาต ดังนั้นรัฐต้องดูแลอย่างใกล้ชิดและแทรกแซงได้โดยการใช้อำนาจรัฐ

<sup>39</sup> บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (2547). *สัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา* (รายงานการวิจัย). หน้า 2-5.

<sup>40</sup> แหล่งเดิม. หน้า 6-9.

4) กฎหมายที่ใช้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะแล้วแต่กรณีต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งกฎระเบียบซึ่งกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนต่างๆ ไว้มากมายเพื่อให้แน่ใจว่ารัฐได้ใช้เงินหรือทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการดังกล่าวอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ส่วนสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันส่วนใหญ่อยู่ภายใต้ Uniform Commercial Code เท่านั้น

5) ข้อกำหนดในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีรูปแบบแลข้อกำหนดในสัญญาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย หากขาดไปจะส่งผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ตามหลัก Christian Doctrine ซึ่งศาลได้วางหลักว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาขึ้นอยู่กับการณ์อยู่ซึ่งข้อกำหนดที่กฎหมายหรือกฎระเบียบในขณะที่ทำสัญญากำหนดว่าต้องมี

เอกสิทธิของรัฐตามสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ โดยที่รัฐมุ่งหมายที่จะนำสินค้าและบริการนั้นมาใช้ประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างจึงต้องมีความยืดหยุ่นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการหรือความจำเป็นที่อาจเปลี่ยนแปลงไป จึงต้องมีการกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาในการที่จะเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างได้มากกว่าหรือแตกต่างจากที่สัญญาได้กำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างไปจากกรณีการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อสัญญาลักษณะเช่นนี้จะกำหนดให้รัฐมีเอกสิทธิหรือสิทธิพิเศษเหนือกว่าเอกชน โดยรัฐยังดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือสัญญาในบางประการ ข้อสัญญาดังกล่าวได้แก่<sup>41</sup>

1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Changes Clause) ข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิแก่รัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral) โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับจ้างในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาตราบเท่าที่การเปลี่ยนแปลงนั้นยังอยู่ในขอบเขตของสัญญา (Contract's Scope) เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า “Changes Clause” แต่การที่รัฐจะใช้เอกสิทธิดังกล่าวได้จะต้องปรากฏข้อสัญญาที่ให้อำนาจเช่นดังกล่าวไว้ในสัญญา

2) การเลิกสัญญาตามสะดวก (Termination for Convenience Clause) ข้อสัญญาให้สิทธิแก่รัฐในการที่จะเลิกสัญญาได้ตามสะดวกนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1875 ซึ่งศาลสูงของสหรัฐ (U.S. Supreme Court) ได้ถือว่าหน่วยงานของรัฐมีอำนาจที่จะระงับสัญญา ดังนั้นกองทัพเรือจึงสั่งเลิกงาน ทั้งนี้เพราะความสำเร็จของงานตามสัญญาไม่เป็นสิ่งจำเป็นอีกต่อไปอันเนื่องมาจากสงครามได้สิ้นสุดลง ซึ่งการใช้สิทธิเลิกสัญญาในลักษณะนี้ค่อนข้างกว้างมากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบใดกำหนดหรือวางหลักเกณฑ์สำหรับการที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะใช้สิทธิ

<sup>41</sup> แหล่งเดิม. หน้า 54-61.

ยกเลิกสัญญาได้ตามสะดวกขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเป็นสำคัญ แต่ก็ไม่อาจเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต (Bad Faith) หรือใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse Its Discretion) ได้ การเลิกสัญญาในลักษณะเช่นนี้สัญญาจะสิ้นสุดลงเมื่อรัฐบาลออกกล่าวการเลิกสัญญาเป็นหนังสือต่อผู้รับจ้างเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้รับจ้างก็มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาสำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน กำไร หรือค่าตอบแทนสำหรับงานที่ได้ทำไปแล้ว

สำหรับสัญญาการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) รัฐมีเอกสิทธิในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตโดยคณะกรรมการควบคุมจำเป็นต้องควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดเพื่อจุดมุ่งหมายดังนี้<sup>42</sup>

- 1) ป้องกันการค้ำกำไรเกินควรและการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาต่อลูกค้าหรือสถานที่อย่างไม่เป็นธรรม โดยการควบคุมอัตราค่าบริการ (Rate Regulation)
- 2) พยายามรองรับว่าจะมีรายได้ที่เพียงพอที่ผู้ประกอบการบริการสาธารณะจะสามารถดำเนินการพัฒนาและขยายธุรกิจต่อไปเรื่อยๆ ตามความต้องการของประชาชน แต่ไม่ได้รวมถึงรับประกันผลกำไรที่จะได้รับโดยการควบคุมอัตราผลตอบแทนการลงทุน (Rate Return) ผลตอบแทนการลงทุน คือ จำนวนเงินซึ่งกิจการบริการสาธารณะได้รับมากกว่าค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเป็นร้อยละของฐานอัตราค่าบริการคณะกรรมการควบคุมจะกำหนดผลตอบแทนการลงทุนที่เหมาะสมที่ผู้ประกอบการจะได้รับเพื่อมิให้แสวงหากำไรเกินควร
- 3) ดูแลให้มีการให้บริการแก่ลูกค้าในจำนวนที่มากที่สุด
- 4) สนับสนุนการพัฒนาอุตสาหกรรมโดยออกแบบโครงสร้างอัตราค่าบริการ อุดหนุนแก่บริการสาธารณะในส่วนท้องถิ่นโดยสภากรองเกรสด้วย
- 5) ดูแลเกี่ยวกับความปลอดภัยและประสิทธิภาพของการจัดการ

#### 3.4.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

กฎหมายอเมริกันใช้คำว่า Impracticability ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า Impossibility ซึ่งหมายถึงเป็นการพ้นวิสัยที่หมายถึงเหตุที่ไม่อาจทำลงได้ หรือการชำระหนี้ที่ไม่เหมาะสมและคำว่า Frustration ในระบบกฎหมายอเมริกัน มีความหมายแตกต่างจากระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่เพียงกรณีพ้นวิสัย แต่กฎหมายอเมริกันหมายถึงกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปเป็นเหตุให้การรับชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์หรือไม่สมความมุ่งหมาย<sup>43</sup>

<sup>42</sup> แหล่งเดิม. หน้า 64-65.

<sup>43</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติก เล่มเดิม. หน้า 73.

หลักที่คู่สัญญาอาจหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาในกรณีที่มีการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด ที่ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นความยากลำบากอย่างมากแม้ว่าการชำระหนี้ยังคงทำได้ก็ตาม (Remaining Physically Possible) ซึ่งหลักนี้เรียกว่า “Commercial Impracticability”<sup>44</sup> โดยปรากฏอยู่ใน section 261<sup>45</sup> ของ U.S. Restatement (Second) of Contracts ในเรื่อง “Discharge by Impracticability” ซึ่งถ้าการชำระหนี้ของคู่สัญญากลายเป็นสิ่งที่ยากลำบากอย่างมากเนื่องจากการเกิดขึ้นของเหตุการณ์โดยไม่ใช้ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายนั้น การชำระหนี้ของคู่สัญญาจะถูกปลดปล่อยโดยคำว่า “Impracticability” ซึ่งหมายถึง ภาวะหรือความยากลำบากอย่างไม่เหมาะสมและอย่างมาก (Extreme and Unreasonable Difficulty) ในการปฏิบัติการชำระหนี้และรวมถึงกรณีเรื่องค่าใช้จ่ายหรือการบาดเจ็บหรือตายของคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น การขาดแคลนวัตถุดิบเนื่องจากมีสงคราม การห้ามค้าขายระหว่างประเทศ (Embargo) หรือพืชผลเสียหาย ฯลฯ เป็นเหตุให้มีการเพิ่มขึ้นของราคา<sup>46</sup>

นอกจากนี้ในสัญญาซื้อขาย การชำระหนี้จะเป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ยากในทางการค้า (Commercial Impracticability) หรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากใน section 2-615<sup>47</sup> ของ Uniform Commercial Code (U.C.C.) โดยผู้ขายจะได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบในการส่งมอบสินค้าล่าช้า หรือการไม่ส่งมอบสินค้าเลยถ้าการชำระหนี้ของผู้ขายกลายเป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้ยากในทางการค้า โดยผู้ขายจะต้องพิสูจน์ว่ามีเหตุการณ์เกิดขึ้นมาโดยไม่คาดคิด หรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ (Contingency) และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญไม่อาจสันนิษฐานได้ในสัญญา (Thenon-

<sup>44</sup> G.H Treitel. (1994). Frustration and Force Majeure. p.239

<sup>45</sup> Section 261 of U.S. Restatement (Second) of Contracts “Where, after a contract is made, a party’s performance is made impractical without his fault by the occurrence of an event, the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.”

<sup>46</sup> Op.cit. p. 238.

<sup>47</sup> Section 2-615 of U.C.C. “Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the proceeding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid...”

occurrence of the contingency was a basic assumption of the contract) และสิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญนั้น ทำให้การชำระหนี้เป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ยาก อย่างไรก็ตาม section 2-615 ของ U.C.C. ใช้เฉพาะกับผู้ขายเท่านั้น

เหตุที่ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้สูงขึ้นไม่อาจนับว่าเป็นเหตุที่ทำให้การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้หรือ impracticability แต่อย่างใด แต่กรณีดังกล่าวนี้ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้น หรือที่ยิ่งไปกว่านั้นก็คือขึ้นอยู่กับว่ากรณีนั้นๆ คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ต้องรับความเสี่ยงจากการเกิดเหตุการณ์เช่นนั้น ตัวอย่างเช่น การที่ราคาวัตถุดิบเปลี่ยนแปลงไปนั้น ปกติย่อมตกเป็นความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องจัดหาวัตถุดิบมาชำระหนี้ หรือกรณีที่แหล่งสินค้าที่หมายตาไว้เกิดถูกปิดหรือสิ้นสลายไปเพราะเหตุการณ์ที่นอกเหนือจากความคาดหมาย แต่ยังคงหาสินค้าดังกล่าวจากแหล่งอื่นได้ เพียงแต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเท่านั้น หรือกรณีที่ฝ่ายใดสัญญาว่าจะจัดส่งสินค้าไปยังสถานที่แห่งใด ดังนี้ฝ่ายนั้นย่อมต้องผูกพันที่จะส่งสินค้าไปยังสถานที่ตกลงกัน แม้ในกรณีที่การขนส่งประสบอุปสรรคไปใช้เส้นทางอื่นซึ่งไกลกว่าหรือเสียค่าใช้จ่ายมากกว่า เพราะเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปโดยมิได้คาดหมายด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีที่เกิดมีเหตุการณ์นอกเหนือความคาดหมายถึงขนาด (นอกเหนือขอบเขตความเสี่ยงอันพึงมีตามสัญญา) จริงๆ กรณีย่อมแตกต่างกันออกไป เช่น เกิดสงคราม เกิดการปิดล้อมเส้นทางหรือเกิดเหตุพิภพภัยในฤดูการเก็บเกี่ยว จนเป็นเหตุให้สินค้าแพงขึ้นอย่างยิ่ง หรือเกิดอุปสรรคในการจัดหาสินค้าเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้น<sup>48</sup>

การชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในกรณีเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นการผิดสัญญาตามที่ระบุไว้ในข้อกำหนดการยกเลิกสัญญาใน The Federal Acquisition Regulation หมวด 52.249-8 (c) ได้แก่ เหตุสุดิวสัย หรือเกิดจากการกระทำของศัตรูของรัฐ (Act of God or of the public enemy) หรือการกระทำของรัฐที่อยู่ภายใต้อธิปไตยหรือสัญญา (Act of Government in either its sovereign or contractual capacity) ไฟไหม้ (Fires) น้ำท่วม (Floods) โรคระบาด (Epidemics) การกักกันเพื่อป้องกันการแพร่เชื้อโรค (Quarantine) การนัดหยุดงาน (Strikes) การห้ามค้าขายกับต่างประเทศ (Freight embargoes) และความแปรปรวนของอากาศที่ไม่ได้เกิดขึ้นเป็นปกติวิสัย (Unusually severe weather) สำหรับสัญญาก่อสร้าง The Federal Acquisition Regulation หมวด 52.249-10 (b) กำหนดว่าเหตุขกเว้นการผิดสัญญาต้องเป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ (Unforeseeable) ซึ่งผู้รับจ้างต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาทราบภายใน 10 วัน เมื่อเกิดเหตุที่ทำให้เกิดความล่าช้า<sup>49</sup>

<sup>48</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 71-72.

<sup>49</sup> แหล่งเดิม. หน้า 111.

การชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) มี 2 กรณี<sup>50</sup>

1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจทำการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดค่าใช้จ่ายหรือระยะเวลาที่กำหนด หรืองานที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัย (Changes Clause) แล้ว มิได้กำหนดถึงค่าชดเชยค่าเสียหายไว้ หากกำหนดแต่เพียงว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องทำการปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาอย่างเป็นธรรม (Equitable Adjustment) ผู้รับจ้างจึงมีสิทธิได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายหรือได้รับค่าทดแทน หรือทำการปรับเปลี่ยนเวลาเพื่อส่งมอบหรือทั้งสองกรณีและทำการแก้ไขสัญญาซึ่งการเจรจาเพื่อปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมต้องใช้ระยะเวลาให้น้อยที่สุด หากรัฐและผู้รับจ้างไม่สามารถบรรลุข้อตกลงสำหรับการเปลี่ยนแปลงราคาภายในระยะเวลาที่เหมาะสมแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะทำการตัดสินใจปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ หากผู้รับจ้างไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าวก็สามารถอุทธรณ์ได้ภายใต้ข้อกำหนด Disputes Clause หากผู้รับจ้างไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดสิทธิอุทธรณ์จะระงับไป การปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมดังกล่าวเป็นการนำหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า Quantum Meruit หรือ Quantum Valebat มาใช้ ซึ่งหมายถึง การชดเชยเท่าที่สมควรจะได้รับ (As much as deserved) ในจำนวนที่เหมาะสมกับบริการที่ได้ดำเนินการไป หรือหมายถึงจำนวนมูลค่าสูงสุดที่เคยมี (As much as they were worth) ดังนั้นการปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมดังกล่าวจึงไม่รวมถึงส่วนที่เป็นกำไรอันคาดหมายว่าจะได้รับ (Anticipatory Profit) แต่อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดจำนวนและลักษณะของค่าตอบแทนสำหรับสินค้าหรือบริการนั้นๆ ไว้ในสัญญาแล้วคู่สัญญาต้องยึดถือตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญาจะใช้หลัก Quantum Meruit ไม่ได้

2) กรณีการยกเลิกสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐ (Termination for Convenience Clause) รัฐและผู้รับจ้างต้องดำเนินการจัดการทรัพย์สินอย่างเหมาะสม โดยผู้รับจ้างต้องจัดทำข้อเรียกร้องสำหรับจำนวนค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการยกเลิกสัญญาในรูปของ Settlement proposal ขึ้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดใน FAR ซึ่งผู้รับจ้างต้องได้รับค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม สำหรับงานที่ได้ดำเนินการไปแล้วรวมทั้งสิ่งที่ได้จัดเตรียมไปแล้วสำหรับงานที่ถูกยกเลิก และกำไรตามสมควร (Reasonable allowance for profit) ตัวอย่างเช่น ค่าจัดการทำบัญชี ค่าที่ปรึกษากฎหมาย และค่าใช้จ่ายอื่นที่เหมาะสมและเป็นต่อการจัดเตรียม Settlement และข้อมูลประกอบค่าใช้จ่ายในการยกเลิกสัญญาช่วง ค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บสินค้า การเดินทางรวมทั้ง

<sup>50</sup> บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. เล่มเดิม. หน้า 123-126.

ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่จำเป็นและเกิดขึ้นในการเก็บรักษา ป้องกัน หรือกำจัดสินค้าหรือบริการที่ได้ถูกยกเลิกสัญญาเป็นต้น รัฐและผู้รับจ้างจะระงับข้อพิพาทการยกเลิกสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐ (Termination for Convenience Clause) โดยตกลงเจรจาเกี่ยวกับจำนวนเงินที่รัฐจะชำระโดยไม่ต้องมีการพิจารณาถึงค่าใช้จ่ายหรือกำไรอื่นใดอีกก็ได้ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอะไรคือการทดแทนอย่างเป็นธรรม (Fair Compensation) ทั้งนี้เพราะกรณีดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องอาศัยการพิจารณาตัดสินเป็นกรณีๆ ไป และไม่อาจกำหนดได้อย่างชัดเจนแน่นอน ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถนำวิธีการต่างๆ ที่เหมาะสมมาใช้เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ซึ่งหลักสำคัญประการหนึ่งที่เป็นหัวใจของการระงับข้อพิพาทคือ การนำหลักการตัดสินใจในเชิงธุรกิจมาใช้ซึ่งจะแตกต่างจากการใช้หลักเกณฑ์ทางการบัญชีที่เข้มงวด

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจพิจารณาให้กำไรแก่ผู้รับจ้างสำหรับสิ่งที่ผู้รับจ้างได้จัดเตรียมดำเนินการไปแล้วหรือได้กระทำเสร็จสิ้นไปแล้ว (Profit on preparation made and done) ก็ได้ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท (Settlement expenses) ตลอดจนผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับหรือค่าเสียหายที่ไกลเกินเหตุ (Anticipated profits and consequential damages) ดังเช่นในคดี Ronald J. Rhen V. The United States No.308-88C. United States Claims Court. 17 Cl. Ct.140 June 2, 1989 ที่ the Bureau of Land Management, Department of Interior ได้ยกเลิกสัญญา โดยศาลตัดสินว่าค่าเสียหายเป็นกำไรที่คาดว่าจะได้รับ (Anticipated but unearned profit) อาจจะได้รับหากสัญญาไม่ถูกยกเลิก เมื่อสัญญาของผู้รับจ้างได้ถูกยกเลิกโดยเหตุเพื่อความสะดวกของรัฐ

สำหรับการชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) การจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด แต่มีกรณีที่รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับใบอนุญาต ดังนี้<sup>51</sup>

1) กรณีผู้รับใบอนุญาตได้เริ่มดำเนินการแล้วไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด คณะกรรมการควบคุมอาจร้องให้อัยการดำเนินการกระบวนการทางศาลเพื่อเพิกถอนใบอนุญาตหรือขายโครงการและดำเนินการเพื่อบรรเทาความเสียหายอย่างเป็นธรรม (Equitable relief) อื่นที่จำเป็น ซึ่งวิธีการขายโครงการและการดำเนินการบรรเทาความเสียหายปรากฏอยู่ในมาตรา 26 แห่ง Federal Power Act กล่าวคือ หากศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาต

<sup>51</sup> แหล่งเดิม. หน้า 134-139.

และขายโครงการทั้งหมดหรือบางส่วน หรือเลิกโครงการ และจัดสรรเงินที่ได้รับจากโครงการให้แก่ผู้มีสิทธิ ผู้ซื้อโครงการต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตที่ยังค้างอยู่ สหรัฐอาจเป็นผู้ซื้อก็ได้แต่ต้องไม่จ่ายเงินให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในจำนวนที่มากกว่าที่ต้องจ่ายในกรณีที่มีการยกเลิกใบอนุญาต

2) กรณีที่รัฐเข้าครอบครองและดำเนินโครงการของผู้รับใบอนุญาต (Take over) จะกระทำได้ในกรณีที่มีการสงวนสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนโดยดำเนินการโอนทรัพย์สินของผู้รับใบอนุญาตมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากได้จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนอย่างเป็นธรรมให้แก่เงินลงทุนสุทธิในโครงการที่เข้าครอบครอง แต่ไม่เกินราคาที่เป็นธรรมของทรัพย์สินที่เข้าครอบครอง รวมทั้งค่าเสียหายที่เหมาะสมที่เกิดขึ้นในส่วนที่สหรัฐมิได้เข้าครอบครองที่มีค่าเป็นประโยชน์และจำเป็นดังกล่าว (ถ้ามี)

3) กรณีรัฐใช้โครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวเพื่อความปลอดภัยของประเทศซึ่ง Federal Power Act มาตรา 16 ให้อำนาจประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาในการออกคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงผู้ถือใบอนุญาตเพื่อให้สหรัฐมีสิทธิจะเข้าครอบครองโครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวเพื่อวัตถุประสงค์ในการผลิต ในเครต วัตถุประสงค์ ยุท โขปรกรณ์ หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประเทศภายในระยะเวลาที่ประธานาธิบดีเห็นว่าจำเป็นเพื่อบรรล่วัตถุประสงค์ดังกล่าว สหรัฐต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just and fair compensation) บนหลักการกำไรที่พอสมควร (Reasonable profit) ในเวลาสงบ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมให้อยู่ในสภาพเดียวกับก่อนที่จะเข้าครอบครอง หักด้วยมูลค่าที่พอสมควร (The reasonable value) ของการปรับปรุงใดๆ (Improvement) ที่สหรัฐอาจทำขึ้นซึ่งมีค่าและเป็นประโยชน์ต่อผู้รับใบอนุญาต

### 3.5 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย

สัญญาทางปกครองของไทยได้กำหนดลักษณะและประเภทไว้ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเมื่อเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ภายหลังทำสัญญาแล้วมิใช่การชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัยที่จะทำให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกฎหมายปกครองก็ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ จึงต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากสัญญาทางปกครองนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายปกครอง



### 3.5.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองคือเครื่องมือสำคัญแห่งอำนาจมหาชน (Puisissance publique) ของรัฐ นอกจากการออกคำสั่งทางปกครอง (Acte unilatéral) แล้ว รัฐอาจใช้มาตรการอย่างอื่นเพื่อให้การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของรัฐ มาตรการอย่างอื่นนั้น คือ การเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญา และสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ได้แก่ สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) ในความหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ (Personne publique) กับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อบริการสาธารณะ ซึ่งโดยทั่วไปสัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (Clauses exorbitantes du droit commun)<sup>52</sup> ดังนี้

1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งได้แก่ รัฐบาลกับอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่ เอกชน และเมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้ว ย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือ รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ในเบื้องต้น เช่น รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อาจเข้าทำสัญญาในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรืออาจมอบหมายให้ข้าราชการระดับสูงเป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนได้ แต่ต้องมีการมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วย มิฉะนั้นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน อาจเป็นโมฆะได้

2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งที่ชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

3) เนื้อหาของสัญญาในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดี ในกรณีที่สถานการณ์ทางเศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวนี้ด้วย เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยตลอด

<sup>52</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2542, เมษายน). “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดย M. Philippe Turguet de Beauregard.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 18 (1). หน้า 2.

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองในฐานะเครื่องมือของบริการสาธารณะที่ดี จะต้องเปลี่ยนแปลงให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริง ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ จึงเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งเมื่อมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญา โดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ยาก เนื่องจากลักษณะของสัญญาแพ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแน่นอนตายตัว ต่างกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้จะมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้วก็ตาม แต่ภายหลังอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เสมอ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือข้อความในสัญญาระบุให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม หรือดำเนินการหรือออกมาตรการในการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ สำหรับหลักความต่อเนื่องบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการต่อไปเมื่อเอกชนไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

สัญญาทางปกครองของไทยพิจารณาจากคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองมีอยู่ 4 ประเภท ได้แก่

1) สัญญาสัมปทาน หากพิจารณาจากการบัญญัติของกฎหมายที่มีการแยกสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติออกเป็นสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งต่างหากแล้วสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานจึงน่าจะหมายความถึงเฉพาะ “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” เท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงการที่รัฐให้อำนาจแก่เอกชนเข้ามารับสัมปทานจากรัฐของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า มีได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ และในรูปแบบของสัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานไม้ป่าชายเลน สัมปทานรังนกนางแอ่น สัมปทานเหมืองแร่ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองกลับไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลที่มีการ

วินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น สัญญาประเภทต่างๆ ตามตัวอย่างที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น จึงปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่าเป็นสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานนั้น ศาลปกครองจะไม่พิจารณาที่เนื้อหาของสัญญาว่าสัญญาใดเป็น “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” หรือเป็น “สัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” หรือไม่ แต่ศาลจะพิจารณาจากชื่อของสัญญาเป็นสำคัญ โดยหากเห็นว่าสัญญาใดมีชื่อเป็น “สัญญาสัมปทาน” แล้ว ไม่ว่าจะป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็จะถูกจัดอยู่ในกลุ่มของสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาที่ให้จัดทำ

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่น สัญญาจ้างให้เอกชนเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร หรือการปฏิบัติราชการ ต่างก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ดังนั้นการทำสัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนรัฐ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ อันถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คำว่าสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้เคยให้ความหมายเอาไว้ว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หมายความว่า สิ่งซึ่งมีลักษณะเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกัน” ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของส่วนราชการต่างๆ สัญญาจ้างก่อสร้างถนน สัญญาจ้างขุดคลองระบายน้ำ สัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตเสริมเหล็กกันดินพัง เป็นต้น จึงเห็นได้ว่า หากสัญญาที่จัดทำโดยหน่วยงานทางปกครองสัญญาใดมีลักษณะเป็นการทำสัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำสิ่งอันเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันแล้ว ก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

4) สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินการเพื่อแสวงหาประโยชน์เอาจากทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่โดยธรรมชาติ เช่น การเก็บรังนกนางแอ่น การทำเหมืองแร่ การตัดไม้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่า การให้อนุญาตแก่เอกชนดำเนินการในลักษณะดังกล่าว รัฐฝ่ายปกครองได้ให้การอนุญาตแก่เอกชนในรูปแบบของสัญญาสัมปทาน ดังนั้น สัญญาที่ให้

เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย เช่นเดียวกันกับสัญญาทางปกครองประเภทแรกดังที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่า สัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐเพื่อประโยชน์ของตัวผู้รับสัมปทานเอง โดยรัฐจะได้ประโยชน์ตอบแทนจากการดำเนินการดังกล่าวในลักษณะของค่าสัมปทานรายปี การดำเนินกิจการดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐแต่อย่างใด การให้สัมปทานประเภทนี้จึงมีความแตกต่างจากสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

นอกจากประเภทของสัญญาทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองยังจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” ซึ่งจากมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้น โดยสภาพจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงสัญญาทางปกครองตามนัยดังกล่าว หากพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเข้ามาดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองในกรณีนี้จะมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากลักษณะของสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือ

2) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ ข้อเอกสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

โดยเนื้อหาของสัญญาทางปกครองในลักษณะนั้นจะไม่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง แต่จะปรากฏในข้อกำหนดของสัญญาที่มีการกำหนดข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเอาไว้ และมีข้อแม้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญาเกี่ยวกับการรับทุนการศึกษาต่างๆ เป็นต้น

จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า สัญญาใดจะถือเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) สัญญาดังกล่าวจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ
- 2) สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
- 3) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง
- 4) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องเพื่อให้บรรลุผล

### 3.5.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองของไทยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องนี้ไว้ เนื่องจากไม่ใช่เป็นกรณีการชำระหนี้เป็นอันพัณวิสัย แต่เป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งสามารถที่จะกระทำได้อยู่ แต่หากให้มีการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดต่อไป ก็อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากต่อคู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องชำระหนี้ หรืออาจถึงขั้นทำให้การชำระหนี้ต่อกันกลายเป็นอันไร้ประโยชน์ ซึ่งเป็นกรณีที่จะต้องนำหลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus มาบังคับใช้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แต่การที่จะนำหลักเรื่องนี้มาใช้ได้หรือไม่ต้องพิจารณาว่าตามกฎหมายไทยได้มีการยอมรับว่า หลักกฎหมายนี้เป็นส่วนหนึ่งของบ่อเกิดของ

กฎหมายที่จะสามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีข้อพิพาทที่เป็นปัญหาอยู่ได้หรือไม่ เนื่องจากในสัญญาทางปกครองให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายปกครองเพราะว่าในระบบกฎหมายแพ่งไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยชัดเจนซึ่ง จึงต้องพิจารณาตามที่การบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>53</sup> โดยนอกจากกรณีที่มีการนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์ ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับแรกที่ศาลจะต้องหยิบยกมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท ตามที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แล้วมีประเด็นปัญหาว่า ในกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาและหากให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาอีกฝ่าย และกรณีนี้ก็มีใช้การชำระหนี้เป็นอันพั่ววิสัย และไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจะสามารถหยิบหลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติถึงบ่อเกิดของกฎหมายและการอุดช่องว่างกฎหมายในกรณีที่ไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษรไว้ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลจะต้องนำบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ก่อน เมื่อไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร จึงต้องวินิจฉัยคดีไปตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และหากยังไม่มีจารีตประเพณีดังกล่าวก็ต้องวินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) และถ้าไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะนำมาปรับใช้ได้ ต้องวินิจฉัยคดีไปตามหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอย่างไรจะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มีแนวความเห็นเป็น 2 ทาง<sup>54</sup> คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่จำกัดว่าอยู่ที่ใด หากเป็นหลักกฎหมายก็สามารถนำมาใช้ได้ทั้งหมด ซึ่งในกรณีนี้ท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย มีความเห็นว่า ความเห็นนี้จะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการนำมาปรับใช้กับคดี เพราะหลักกฎหมายบางเรื่องหรือของบางระบบกฎหมายอาจมีความขัดแย้งกับหลักกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายไทยเองก็ได้ เช่น ในหลักเรื่องผู้รับ โอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ซึ่งเป็นหลักที่ขัดกับหลักในมาตรา 1303 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า หากผู้รับโอนได้รับโอนทรัพย์สินมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้อื่น

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.”

<sup>54</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2550). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. หน้า. 90 – 91.

ความเห็นที่สอง เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น โดยสามารถค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นๆ เอง จากการศึกษาประวัติความเป็นมาของกฎหมาย หรือจากหลักกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายนำมาใช้ร่างกฎหมายและการพิเคราะห์จากตัวบท หลากๆ มาตราประกอบกันเพื่อค้นหาแนวทางความคิดทั่วไปของหลักกฎหมายดังกล่าว เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องนิติกรรมสัญญา ซึ่งสามารถเห็นหลักกฎหมายทั่วไปว่า บุคคลทุกคนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำไว้ซึ่งก็คือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา นั้นเอง หรือกรณีหลักที่ว่าหากเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาสามารถปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้ซึ่งก็คือ หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus หรือหลักในการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตตามมาตรา 1303, มาตรา 1329, มาตรา 1330, มาตรา 1331, และมาตรา 1332 เป็นต้น

ดังนั้น หลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus จึงเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ได้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาและหนี้ แต่มีข้อสังเกตว่า หากหลัก Clausula rebus sic stantibus ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การปรับใช้หลัก Clausula rebus sic stantibus ก็ต้องเป็นไปตามมาตรา 4 คือ ต้องนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้บังคับก่อน ซึ่งจากการพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น<sup>55</sup> มาตรา 531 ซึ่งรับรองสิทธิแก่ผู้ให้ในการเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับการให้ประพฤติน่ารุณ หรือมาตรา 662 กำหนดข้อยกเว้นให้ผู้รับฝากซึ่งรับฝากโดยมีกำหนดเวลาอาจคืนทรัพย์สินที่รับฝากก่อนถึงเวลาที่กำหนดได้หากมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้ หรือมาตรา 1057 ซึ่งรับรองให้ผู้เป็นหุ้นส่วนร้องขอให้ศาลสั่งเลิกห้างหุ้นส่วนได้ เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่ความคงอยู่ของห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นอันไร้ประโยชน์แก่ผู้เป็นหุ้นส่วน หากทำต่อไปก็มีแต่ขาดทุน โดยไม่มีทางกลับฟื้นตัวได้ หรือมีเหตุให้ห้างหุ้นส่วนนั้นเหลือวิสัยที่จะคงอยู่ต่อไปได้ หรือมาตรา 1442 และ 1443 ที่กฎหมายยอมให้ชายและหญิงคู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้เมื่อมีเหตุสำคัญเกิดแก่หญิงและชายคู่หมั้นของตน เป็นต้น ซึ่งมีใช้เป็นการพ้นวิสัยที่จะให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา

<sup>55</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 53.

ในกรณีของการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย สามารถแยกเป็น 2 ประเภท<sup>56</sup> ได้แก่

1) กรณีการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยในทางอัตตะวิสัย หรือ Subjective Impossibility ซึ่งหมายถึง การพันธวิสัยที่เกิดขึ้นกับเฉพาะตัวของลูกหนี้เองเท่านั้นที่ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้ ภายหลังจากที่ก่อนหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำของตัวลูกหนี้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษเฉพาะตัวลูกหนี้ หรือเป็นกรณีที่เจาะจงให้ลูกหนี้ต้องเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ ตามมาตรา 219 วรรคสอง

2) กรณีการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยทางภาวะวิสัย หรือ Objective Impossibility ซึ่งหมายถึง กรณีการพันธวิสัยในการชำระหนี้เป็นการพันธวิสัยต่อบุคคลทั่วไปไม่เฉพาะแต่ตัวลูกหนี้หรือบางคนเท่านั้น เช่น กรณีที่ทำสัญญาซื้อขายบ้านกัน และต่อมาภายหลังทำสัญญาเกิดไฟไหม้บ้านหลังที่ขาย ซึ่งในกรณีนี้ไม่ว่าเป็นใครก็ถือเป็นการพันธวิสัยที่จะส่งมอบหรือโอนกรรมสิทธิ์ในบ้านที่ขายได้อีกต่อไป

ผลในทางกฎหมายการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ หรือกรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปจากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลไทยเท่าที่มีการเผยแพร่ไม่ปรากฏว่าได้มีการตัดสินคดีโดยมีการอ้างหลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus โดยตรงซึ่งแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยที่ปรากฏส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่เป็นเรื่องคล้ายหรือใกล้เคียงกับหลักนี้ โดยจะเป็นกรณีของการตัดสินคดีโดยใช้หลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัย ตามมาตรา 219 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นหลักกฎหมายหนึ่งซึ่งใช้เป็นข้อแก้ตัวของลูกหนี้ที่จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ หากการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยที่จะกระทำได้ เนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญา และเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้การชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้และไม่อาจมีการบังคับให้ต้องชำระหนี้ อันเป็นเหตุให้ลูกหนี้สามารถใช้เป็นข้ออ้างที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาจะเห็นได้ว่า กรณีที่เป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญายังสามารถที่จะปฏิบัติต่อกันได้อยู่ แต่ภายหลังจากทำสัญญามีเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าเกิดขึ้น และกระทบต่อสิ่งที่คู่สัญญาต่างคาดหวังหรือสันนิษฐานว่าจะได้รับจากสัญญาหรือกระทบต่อความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ของคู่สัญญาซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานประการหนึ่งของคู่สัญญาอันทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหรือความเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายมาก่อน

<sup>56</sup> จิต เศรษฐบุตร. (2548). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้*. หน้า. 28 – 29.



หรือทำให้การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์เท่านั้น ไม่ได้ส่งผลให้การชำระหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้อย่างเด็ดขาดแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นคนละกรณีกับเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย เช่น สามารถพิจารณาได้จากกรณีการเช่าห้องเพื่อค้ำขบวนพิธี โดยมีวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาต่างรู้ร่วมกันว่าเป็นไปเพื่อได้ค้ำขบวนพิธี และต่อมาเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายขึ้น โดยขบวนพิธีถูกยกเลิกไปเช่นนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ห้องที่เช่าคือทรัพย์สินตามสัญญา ไม่ได้สูญหายหรือถูกทำลายไป แต่ยังสามารถใช้ได้ตามปกติ ทั้งได้ส่งมอบห้องเช่าให้แล้ว จึงไม่เป็นเรื่องที่มีการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย แต่เป็นกรณีที่ผู้เช่าไม่สามารถใช้ห้องเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาต่างสันนิษฐานว่าจะได้รับจากสัญญา หรือกรณีที่เกิดเหตุการณ์ภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรงภายหลังการทำสัญญา ทำให้ค่าของเงินตามสัญญาซื้อขายผ่อนระยะยาว แทบจะไม่มีค่าอะไร หากพิจารณาในเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ เพราะไม่เข้าเหตุที่จะอ้างเรื่องพันวิสัยได้ หรือกรณีที่ค่าเงินตกไปเป็นอย่างมากภายหลังการทำสัญญา จนเป็นเหตุให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จะนำหลักเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยแล้ว ในกรณีของหนี้เงินลูกหนี้ไม่สามารถที่จะอ้างได้ว่า การชำระหนี้ของตนกลายเป็นพันวิสัย ดังนั้นจากการพิจารณาในกรณีเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยตามหลักกฎหมายของไทยที่มีการบัญญัติไว้ จึงไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาได้หรือกรณีเกิดเหตุไม่อาจคาดหมายได้ ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชน โดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครองอยู่ในฐานะที่เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองจึงต้องศึกษาจากการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม กรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุหรือรากฐานของสัญญาตามกฎหมายไทยซึ่งไม่มีบทบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องนี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนในต่างประเทศ ดังนั้นเมื่อศาลปกครองจะวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทในกรณีนี้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิขอให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้หรือไม่นั้น ศาลปกครองก็ย่อมต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้า หรือมีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาทางปกครองสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองแยกพิจารณาเป็นสิทธิในการเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและเอกชนของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเลิกสัญญาตามหลักกฎหมายปกครอง ดังนี้

1) สิทธิในการเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งมี 2 กรณีใหญ่ๆ ดังนี้

(1) การเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาซึ่งกระทำโดยคู่สัญญา 2 ฝ่ายเป็นไปตามหลักของการทำนิติกรรมสัญญาทั่วไป คือ ในเริ่มแรกคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาต่อกันเพื่อการอันใดอันหนึ่ง และต่อมาพิจารณาเห็นว่าสัญญาไม่ควรที่จะมีอยู่หรือดำรงอยู่ต่อไป หรือต้องการที่จะให้สัญญาระหว่างกันระงับไป คู่สัญญาจึงมาตกลงร่วมกันสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งคำเสนอขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและได้มีการสนองรับเลิกสัญญากลับมา มีผลเป็นการเลิกสัญญากัน

(2) การเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาซึ่งกระทำโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงกรณีการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวไว้ในมาตรา 386 ถึงมาตรา 389 ซึ่งจากการพิจารณามาตรา 386<sup>57</sup> สามารถแยกพิจารณาการใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

ก. สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาเป็นกรณีที่ข้อตกลงของคู่สัญญาว่า หากมีการผิดสัญญาหรือมีการไม่ชำระหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นตามที่กำหนดในสัญญา ก็ให้สิทธิคู่สัญญาในการที่จะบอกเลิกสัญญาได้

ข. สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ และในกรณีของการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนกลายเป็นพันวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้

สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาในกรณีนี้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 387 และมาตรา 388 โดยมาตรา 387<sup>58</sup> เป็นกรณีที่เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งกรณีของมาตรา 387 เป็นสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิในการที่จะให้มีการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ เพราะปกติในกรณีที่มีการชำระหนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับให้มีการชำระหนี้ตามสัญญา โดยฟ้องร้องต่อศาลรวมทั้งเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ได้อยู่แล้ว แต่กฎหมายก็ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะเลิกสัญญาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญาที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วย สำหรับกรณีที่ไม่มีกรณีชำระ

<sup>57</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำได้ด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง.”

<sup>58</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระบอบเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไว้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้.”

นั้นอาจเป็นการไม่ชำระหนี้อย่างสิ้นเชิงหรือเพียงบางส่วน หรือไม่ชำระหนี้ประธานหรือหนี้อุปกรณ์ ก็ได้<sup>59</sup> เช่น กรณีลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ดอกเบี้ยเงินกู้ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้นอกจากนี้การที่ไม่ชำระหนี้ที่จะทำให้คู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีการชำระหนี้ในขนาดที่สมควรหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ คู่สัญญาจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้

สำหรับกรณีตามมาตรา 387 ที่ให้ต้องมีการบอกกล่าวให้ชำระหนี้ก่อน จึงจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากว่าในกรณีนี้ระยะเวลาในการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกับกรณีของมาตรา 388 กฎหมายจึงกำหนดให้มีการบอกกล่าวให้มาชำระหนี้ก่อน โดยกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการให้พอสมควร และหากไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าวจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ในกรณีการเลิกสัญญาที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 388<sup>60</sup> เป็นกรณีที่ในสัญญาได้แสดงถึงความมุ่งหมายของคู่สัญญาว่า ระยะเวลาหรือกำหนดเวลาในการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ และต่อมาลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดหรือระยะเวลานั้น มาตรา 388 ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ที่ในการที่จะเลิกสัญญาได้โดยมีต้องบอกกล่าวล่วงหน้า เพราะถือว่าระยะเวลาในการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญและการไม่ชำระหนี้ในระยะเวลาดังกล่าวถือว่าเป็นการแสดงเจตนาแน่ชัดแล้วว่า จะไม่มีการชำระหนี้

สิทธิเลิกสัญญากรณีการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนกลายเป็นพันธวิสัยโดยจะโทษลูกหนี้ได้ ตามที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 389<sup>61</sup> ซึ่งการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยในกรณีของการพันธวิสัยบางส่วนมีประเด็นปัญหาว่า จะสามารถเลิกสัญญาบางส่วนได้หรือไม่ ในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยบางส่วนโดยจะโทษลูกหนี้ได้ แม้ส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้ยังเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้อยู่ เจ้าหนี้ก็ยังสามารถที่จะเลิกสัญญาได้ เพราะในสัญญาต่างตอบแทน หากลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้ของตนไม่เป็นผลโดยไม่มีข้อแก้ตัว ก็ไม่มีเหตุที่เจ้าหนี้จะต้องชำระหนี้ตอบแทนในส่วนของตนตามหลักในมาตรา 369 และจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้บางส่วนก็ไม่ได้ตาม มาตรา 320

<sup>59</sup> จิตติ ดิงศภักดิ์. (2526). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452*. หน้า 96.

<sup>60</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388 บัญญัติว่า “ถ้าวัตถุที่ประสงค์ของสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็ดี หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระยะเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไว้ ไซ้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มีพักต้องบอกกล่าวตั้งว่าไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย.”

<sup>61</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389 บัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพันธวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้.”

และในกรณีนี้มีนักกฎหมายมองว่าในกรณีที่หนี้ที่ยังอยู่ในวิสัยไม่เป็นอันไร้ประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ สำหรับปัญหาว่า การเลิกสัญญาในกรณีนี้จะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าให้ชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 387 หรือไม่ ในกรณีนี้มีความเห็นว่าเป็นกรณีที่ต้องมีการบอกกล่าวให้มาชำระหนี้ก่อน เนื่องจากเมื่อหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยแล้ว แสดงว่าลูกหนี้ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้อีก การบอกกล่าวให้ชำระหนี้ก่อนจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ<sup>62</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 386 ถึงมาตรา 389 แล้วจะเห็นว่า เมื่อมีกรณีที่มีข้อสัญญาให้เลิกสัญญาได้ หรือมีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้น หรือการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ กฎหมายไม่ได้ให้สัญญาสิ้นสุดลงในทันทีโดยอัตโนมัติ แต่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการที่จะบอกเลิกสัญญาก่อนซึ่งตามมาตรา 386 ได้กำหนดถึงวิธีการบอกเลิกสัญญาว่า “ขอมทำด้วยการแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง” ดังนั้นในกรณีการบอกเลิกสัญญาจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยสามารถกระทำโดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 391<sup>63</sup> ได้บัญญัติถึงผลของการสัญญาไว้ แต่อย่างไรก็ดีก่อนที่จะพิจารณาในเรื่องผลของสัญญาจะต้องมีการพิจารณาแยกลักษณะของสัญญาเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาผลของการเลิกสัญญาก่อน โดยเราสามารถแยกลักษณะของสัญญาตามอายุหรือระยะเวลาบังคับของสัญญาได้เป็น 2 ประเภท<sup>64</sup> คือ

ก. สัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียว คือเป็นกรณีที่หนี้ที่ต้องชำระตามสัญญากระทำเพียงครั้งเดียวไม่ต้องกระทำซ้ำกันหลายครั้งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา เช่น สัญญาซื้อขายที่มีการโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อเพียงครั้งเดียวและผู้ซื้อก็มีหน้าที่

<sup>62</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2505). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2)*. หน้า 553.

<sup>63</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 บัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้นการที่จะขอใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่.”

<sup>64</sup> จิต เศรษฐบุตร. เล่มเดิม. หน้า 352 - 354.

ที่จะต้องชำระราคา และเมื่อดำเนินการแล้วสัญญาที่สิ้นสุดลง ซึ่งในกรณีนี้รวมถึงสัญญาซื้อขายเงิน  
ผ่อนที่ต้องมีการชำระหนี้หลายครั้ง แต่การโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินกระทำแค่ครั้งเดียวด้วย

ข. สัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง  
คือ เป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ตามสัญญาต้องกระทำหลายครั้งตามเวลาในสัญญา ซึ่งอาจเป็นเพราะใน  
สัญญามีความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำ เช่น ในกรณีสัญญาเช่าทรัพย์สินที่ผู้ให้เช่ามี  
หนี้ที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่าเป็นระยะเวลาไป และผู้เช่าก็มีหนี้ที่จะต้องชำระค่าเช่าให้กับ  
ผู้ให้เช่าเป็นระยะเวลาไปเช่นเดียวกัน และยังรวมถึงสัญญาประเภทอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน  
เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาหุ้นส่วน บริษัท เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีของสัญญาที่แม้  
มิได้ก่อความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำ แต่เป็นสัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสอง  
ฝ่ายปฏิบัติซ้ำๆ กันไปด้วย เช่น สัญญาที่จะรับหนังสือพิมพ์เป็นรายวัน โดยชำระราคาเป็นรายเดือน<sup>65</sup>

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546 ศาลฎีกาได้ยอมรับว่าวิกฤติเศรษฐกิจ มีผลกระทบต่อ  
ลูกหนี้บางคน เป็นเหตุให้ใช้เป็นข้อแก้ตัวเมื่อไม่สามารถชำระหนี้ที่ตนมีต่อสถาบัน การเงินเหมือน  
เช่นปกติได้ แต่ศาลก็วางข้อจำกัดไว้ด้วยว่า จะถือวิกฤติเศรษฐกิจเป็นพฤติการณ์ ที่ทำให้การชำระ  
หนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเสียทีเดียวไม่ได้ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป (แต่ในคดีดังกล่าว ศาลเห็นว่าข้ออ้าง  
ของลูกหนี้เรื่องวิกฤติเศรษฐกิจไม่อาจรับฟังเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากการ ชำระหนี้ได้) ซึ่งแนว  
คำพิพากษาของศาลไทยยึดถือหลักที่ว่า การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยมิได้ หมายความว่า เฉพาะกรณีที่  
เป็นพ้นวิสัยโดยเด็ดขาดเท่านั้น แต่ยังยอมรับแนวคิดว่าหากการชำระหนี้ จะก่อภาระแก่ลูกหนี้  
เกินควรคาดหมาย หรือไม่เป็นไปตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หรือ การบังคับให้รับ  
ชำระหนี้จะเป็นการไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ก็อนุโลมเข้าเป็นกรณีพ้นวิสัยได้ด้วย<sup>66</sup>

## 2) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเลิกสัญญาตามหลักกฎหมายปกครอง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับเอกชนได้ทำสัญญาขึ้น โดยมีผลผูกพันหรือเกิดนิติสัมพันธ์  
ขึ้นตามกฎหมาย เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทาง  
แพ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งนั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ลงนามในสัญญา  
โดยคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากคู่สัญญา  
ฝ่ายลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่เรียกร้องแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่อาจใช้  
สิทธิเรียกร้องทางศาล เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ในสัญญาทางปกครองสัญญามีได้มี  
ผลผูกพันเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญา เพราะเจ้าหน้าที่กระทำการในนามของ

<sup>65</sup> หน้าเดิม.

<sup>66</sup> กิตติศักดิ์ ปรัตติ ก เล่มเดิม. หน้า 56-57.

หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม<sup>67</sup> สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการ บริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมาก รัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชน กล่าวคือ<sup>68</sup>

ประการแรก ถ้าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป รัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม แต่รัฐต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนที่ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอันเป็นความแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน เนื่องจากคู่สัญญาเอกชนฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขสัญญาโดยเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะต่างก็ทำเพื่อกำไรหรือผลประโยชน์ของตนทั้งสิ้น

ประการที่สอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญา เอกชนจะหยุดทำตามสัญญาหรือเลิกสัญญาทันทีไม่ได้ เนื่องจากบริการสาธารณะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะผู้เสียหายคือมหาชน เอกชนสามารถฟ้องศาลและเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ซึ่งต่างกับสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยอมให้คู่สัญญาหยุดปฏิบัติตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนตนอันมิได้กระทบต่อประโยชน์มหาชน

ประการที่สาม หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมากถึงขนาดอาจจะล้มละลายได้ เช่น เกิดสงคราม แม้สัญญาจะกำหนดให้เอกชนต้องรับภาระศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่ารัฐมีหน้าที่ต้องช่วยรับภาระที่เกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายดังกล่าวด้วย โดยใช้เงินทดแทนมิให้เอกชนต้องล้มละลาย เพราะอาจกระทบกับการบริการสาธารณะ ซึ่งอาจจะต้องหยุดชะงักไป และประชาชนเสียประโยชน์ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายแพ่งถือว่าไม่ใช่การชำระหนี้พันวิสัยที่จะทำให้เอกชนพ้นจากการชำระหนี้ ดังนั้น เอกชนยังคงต้องชำระหนี้ให้เป็นไปตามข้อสัญญาอยู่นั่นเอง แม้เอกชนจะล้มละลายก็ตาม

การที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Prerogative Exorbitantes) เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจาก

<sup>67</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 155.

<sup>68</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 23.

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือการยกเลิกสัญญา ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองเหล่านี้เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครอง เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยผลของกฎหมาย ได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 ที่ว่า “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณีด้วย” หรือข้อ 137 ที่ว่า “ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เป็ประโยชน์แก่ทางราชการโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป”

นอกจากนี้ในปัจจุบันแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายใดๆ ที่รองรับการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่ก็มีความหมายบางฉบับที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษบางประการได้<sup>69</sup> กล่าวคือ

1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 โดยมาตรา 68 ทวิ ได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในการออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสัญญาสัมปทานป่าไม้ ได้ โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขต สัมปทานเพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดังต่อไปนี้

- (1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง
- (2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจกรรมที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร
- (3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

<sup>69</sup> บวรศักดิ์ อูวรรณ โฉ และคณะ. (ม.ป.ป.). *คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. สถาบันพระปกเกล้าและสำนักงานศาลปกครอง (รายงานการวิจัย). หน้า 276.

คำสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง” บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการให้สิทธิแก่หน่วยงานทางปกครองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่มีเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ตรี ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเอาไว้ว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรใดเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภคการป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียกอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไข เปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรตามวรรคหนึ่ง ผู้ถืออาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรจะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ มิได้” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและไม่ต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งขัดกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะซึ่งต้องมีการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหายเนื่องจากการที่ต้องยอมสละประโยชน์บางอย่าง เพื่อส่วนรวม

3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2516 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการให้สัมปทานได้ให้อำนาจรัฐมนตรีไว้ในข้อ 7 ว่าในการอนุญาตหรือให้สัมปทานในกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ โดยเงื่อนไขที่กำหนดไว้นั้น รัฐมนตรีอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมในภายหลังก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร โดยรัฐไม่ต้องชดเชยให้แก่เอกชน แม้เอกชนจะมีภาระเพิ่มเติมขึ้นก็ตามและหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ก็อาจต้องรับโทษปรับและในกรณีเป็นความผิดต่อเนื่องกันก็ต้องรับโทษปรับเป็นรายวันสำหรับสัญญาสัมปทาน

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวให้อำนาจรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยจากกรณีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510



4) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 โดยมาตรา 22 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกสัญญาสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัญญาได้ โดยเงื่อนไขว่ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

## บทที่ 4

### ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชย ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้และแนวทางการแก้ไขปัญหา

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับมูลเหตุแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงในทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายภายหลังที่ได้ทำสัญญาทางปกครองแล้ว และคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ อันมีผลกระทบต่อ การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองทำให้การชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหากจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดต่อไปจะเป็นภาระเกินสมควรและไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหากไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายหรือการเยียวยาจากฝ่ายปกครอง

#### 4.1 ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองพัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ 3 ประการ ได้แก่

1) หลักว่าด้วยการเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้อการส่วนรวมของประชาชนด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

สัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ดังนี้

1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ รัฐบาลกับอีกฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ เอกชน และเมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้ว ย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือ รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ในเบื้องต้น เช่น รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อาจเข้าทำสัญญาในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรืออาจมอบหมายให้ข้าราชการระดับสูงเป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนได้ แต่ต้องมีกรมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วย มิฉะนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชน อาจเป็นโมฆะได้

2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์สัญญาเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์สัญญาเป็นสิ่งที่ชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

3) เนื้อหาของสัญญาในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดี

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองในฐานะเครื่องมือของบริการสาธารณะที่ดีจะต้องเปลี่ยนแปลงให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริง ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ จึงเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งเมื่อมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญา โดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ยากเนื่องจากลักษณะของสัญญาแพ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแน่นอนตายตัว ต่างกับสัญญาทางปกครองซึ่งแม้จะมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้วก็ตาม แต่ภายหลังอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เสมอ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือข้อความในสัญญาระบุให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม หรือดำเนินการหรือออกมาตรการในการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ สำหรับหลักความต่อเนื่องบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการต่อไปเมื่อเอกชนไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

สัญญาทางปกครองของไทยพิจารณาจากคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองมีอยู่ 4 ประเภท ได้แก่

1) สัญญาสัมปทาน หากพิจารณาจากการบัญญัติของกฎหมายที่มีการแยกสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติออกเป็นสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งต่างหากแล้ว สัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานจึงน่าจะหมายถึงความถึงเฉพาะ “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” เท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงการที่รัฐให้อนุญาตแก่เอกชนเข้ามารับสัมปทานจากรัฐของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า มีได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ และในรูปแบบของสัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานไม้ป่าชายเลน สัมปทานรังนกนางแอ่น สัมปทานเหมืองแร่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองกลับไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลที่มีการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น สัญญาประเภทต่าง ๆ ตามตัวอย่างที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น จึงปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่าเป็นสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานนั้น ศาลปกครองจะไม่พิจารณาที่เนื้อหาของสัญญาว่าสัญญาใดเป็น “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” หรือเป็น “สัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” หรือไม่ แต่ศาลจะพิจารณาจากชื่อของสัญญาเป็นสำคัญ โดยหากเห็นว่าสัญญาใดมีชื่อเป็น “สัญญาสัมปทาน” แล้วไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็จะถูกจัดอยู่ในกลุ่มของสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาที่ให้จัดทำ

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่น สัญญาจ้างให้เอกชนเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร หรือการปฏิบัติราชการ ต่างก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ดังนั้นการทำ

สัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนรัฐ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ อันถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คำว่าสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้เคยให้ความหมายเอาไว้ว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หมายความว่า สิ่งซึ่งมีลักษณะเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกัน” ดังนั้นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของส่วนราชการต่างๆ สัญญาจ้างก่อสร้างถนน สัญญาจ้างขุดคลองระบายน้ำ สัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตเสริมเหล็กกันดินพัง เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าหากสัญญาที่จัดทำโดยหน่วยงานทางปกครองสัญญาใดมีลักษณะเป็นการทำสัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำสิ่งอันเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันแล้ว ก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินการเพื่อแสวงหาประโยชน์เอาจากทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่โดยธรรมชาติ เช่น การเก็บรังนกนางแอ่น การทำเหมืองแร่ การตัดไม้ เป็นต้น

นอกจากประเภทของสัญญาทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองยังจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” ซึ่งจากมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าว เห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองนั้นโดยสภาพจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) จะต้องเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาทางปกครองตามนัยดังกล่าว หากพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเข้ามาดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองในกรณีนี้จะมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากลักษณะของสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือ

2) จะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ ข้อเอกสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า สัญญาใดจะถือเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) สัญญาดังกล่าวจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ

2) สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

3) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

4) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องเพื่อให้บรรลุผล

กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ซึ่งเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือกรณีที่ศาลปกครองที่วินิจฉัยว่ากรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเป็นไปด้วยความยากลำบาก และเป็นภาระเกินสมควรเกินกว่าคู่สัญญาจะคาดหมายได้ไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาจะเป็นการพ้นวิสัยที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปถึงกับต้องล้มละลายหรือต้องเป็นผู้ทิ้งงานย่อมมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง และกรณีที่มีกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาภายหลังที่ได้ทำสัญญาทางปกครองไปแล้วมีผลทำให้ข้อตกลงในสัญญาขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือมีข้อขัดข้องหรือเป็นภาระเกิน

สมควรกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ศาลปกครองวินิจฉัยปัญหาว่าศาลมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาได้ซึ่งผลจากการศึกษาพบปัญหาที่ ดังนี้

#### 4.1.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

จากแนวความคิดการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองซึ่งหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือการยกเลิกสัญญาซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองเหล่านี้เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครอง จึงเป็นที่มาของการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับเอกชนได้ทำสัญญาขึ้น โดยมีผลผูกพันหรือเกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นตามกฎหมาย เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งนั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ลงนามในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้เรียกร้องแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ในสัญญาทางปกครองสัญญามีได้มีผลผูกพันเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญา เพราะเจ้าหน้าที่กระทำการในนามของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม<sup>1</sup> สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมากรัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชน กล่าวคือ<sup>2</sup>

ประการแรก ถ้าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป รัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม แต่รัฐต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนที่ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอันเป็นความแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน เนื่องจากคู่สัญญาเอกชนฝ่ายหนึ่ง

<sup>1</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 155.

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 23.

จะแก้ไขสัญญาโดยเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะต่างก็ทำเพื่อกำไรหรือผลประโยชน์ของตนทั้งสิ้น

ประการที่สอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญา เอกชนจะหยุดทำตามสัญญาหรือเลิกสัญญาทันทีไม่ได้ เนื่องจากบริการสาธารณะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะผู้เสียหายคือมหาชน เอกชนสามารถฟ้องศาลและเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ซึ่งต่างกับสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยอมให้คู่สัญญาหยุดปฏิบัติตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนตนอันมิได้กระทบต่อประโยชน์มหาชน

ประการที่สาม หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมากถึงขนาดอาจจะล้มละลายได้ เช่น เกิดสงคราม แม้สัญญาจะกำหนดให้เอกชนต้องรับภาระศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่ารัฐมีหน้าที่ต้องช่วยรับภาระที่เกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายดังกล่าวด้วย โดยใช้เงินทดแทนมิให้เอกชนต้องล้มละลาย เพราะอาจกระทบกับการบริการสาธารณะ ซึ่งอาจจะต้องหยุดชะงักไป และประชาชนเสียประโยชน์ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายแพ่งถือว่าไม่ใช่การชำระหนี้พันวิสัยที่จะทำให้เอกชนพ้นจากการชำระหนี้ ดังนั้น เอกชนยังคงต้องชำระหนี้ให้เป็นไปตามข้อสัญญาอยู่นั่นเองแม้เอกชนจะล้มละลายก็ตาม

ผลจากการศึกษาพบว่าเอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยผลของกฎหมาย ได้แก่ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 ที่ว่า “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือแล้วแต่กรณีด้วย” หรือข้อ 137 ที่ว่า “ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการ โดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป”



นอกจากนี้ในปัจจุบันแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายใดๆ ที่รองรับการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษบางประการได้<sup>3</sup> กล่าวคือ

1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 โดยมาตรา 68 ทวิ ได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในการออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสัญญาสัมปทานป่าไม้ได้ โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขต สัมปทาน เพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติ สาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ ดังต่อไปนี้

(1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง

(2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจกรรมที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร

(3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการให้สิทธิแก่หน่วยงานทางปกครองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อที่สัมปทานได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่มีเหตุเกี่ยวกับ ประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ตรี ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเอาไว้ว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรใดเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภคการป้องกัน ประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมี อำนาจเรียกอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไข เปลี่ยนแปลงเนื้อที่ใน เขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือ ประทานบัตรตามวรรคหนึ่ง ผู้ถืออาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรจะเรียกร้อง ค่าเสียหายใด ๆ มิได้” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองฝ่ายเดียว ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

<sup>3</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 276.

และไม่ต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งขัดกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องมีการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหายเนื่องจากการที่ต้องยอมสละประโยชน์บางอย่างเพื่อส่วนรวม

3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2516 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการให้สัมปทาน ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีไว้ในข้อ 7 ว่าในการอนุญาตหรือให้สัมปทานในกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ โดยเงื่อนไขที่กำหนดไว้นั้น รัฐมนตรีอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมในภายหลังก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร โดยรัฐไม่ต้องชดเชยให้แก่เอกชน แม้เอกชนจะมีภาระเพิ่มเติมขึ้นก็ตามและหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ก็อาจต้องรับโทษปรับและในกรณีเป็นความผิดต่อเนื่องกันก็ต้องรับโทษปรับเป็นรายวันสำหรับสัญญาสัมปทาน

จากบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยจากกรณีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510

4) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 โดยมาตรา 22 บัญญัติว่า ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกสัญญาสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัญญาได้ โดยเงื่อนไขว่ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ส่วนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ปรับปรุงบริการสาธารณะให้ตอบสนองกับความต้องการของประชาชน เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาที่จะที่ได้รับการพิจารณาชี้ขาดระดับข้อพิพาทโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ตัวอย่าง ดังนี้

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบบคลองขององค์การบริหารส่วนตำบลฟองขอให้องค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) ชำระค่าจ้างก่อสร้างเขื่อนกันดินพังอันเนื่องมาจากกรณีที่ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลสั่งการด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างเขื่อน

กันดินพังเพื่อให้การก่อสร้างถนนตามสัญญาสามารถดำเนินการต่อไปได้ ด้วยเหตุที่ระหว่างการก่อสร้างถนนได้เกิดการทรุดตัวของดินด้านข้างถนนไหลเลื่อนลงคลองซึ่งจะทำให้ถนนชำรุดเสียหาย ศาลเห็นว่า การสั่งให้ผู้รับจ้างทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเพื่อป้องกันการทรุดตัวของดิน และสามารถก่อสร้างถนนต่อไปได้นั้น ถือได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา และงานพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำนั้นอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากหากไม่ทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเสียก่อน ก็จะไม่สามารถสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้ การสร้างเชื่อมกันดินพังจึงเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไป แห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำได้ตามสัญญา และข้อตกลงเรื่องการสร้างเชื่อม กันดินพังย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ แม้จะเป็นการตกลงกัน ด้วยวาจา ไม่มีการทำสัญญา เป็นหนังสือก็ตาม แต่ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้นผู้รับจ้างจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และเมื่อทำการก่อสร้างเชื่อมเสร็จก็มีสิทธิที่จะได้รับชำระค่าจ้าง เป็นการตอบแทน และเนื่องจากในการสั่งให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเชื่อมกันดินพัง ผู้ถูกฟ้องคดีได้จัดทำ แบบแปลนและกำหนดราคาค่าก่อสร้างเชื่อมไว้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ยอมรับและทำการก่อสร้างเชื่อม ตามคำสั่ง กรณีจึง เป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงราคาค่าจ้างสำหรับงานพิเศษดังกล่าวกันได้ จึงต้อง บังคับไปตามข้อตกลงนั้น ศาลพิพากษาให้ผู้สัญญาฝ่ายปกครองชำระค่าจ้างก่อสร้างเชื่อม กันดินพังให้แก่เอกชนคู่สัญญาจะเห็นได้ว่าคดีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อสัญญาสั่งให้ ผู้ฟ้องคดีทำงานเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากความจำเป็นในการก่อสร้างถนนอันเป็นประโยชน์สาธารณะซึ่งศาลมองว่า กรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญา จ้างทำของ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามสัญญาที่ตกลงกัน กล่าวคือเป็นการจ่ายเงินตามสัญญา มิใช่การชดเชยความเสียหายเนื่องจากการใช้อำนาจของ คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะฐานอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าว มีที่มาจากข้อสัญญานั้นเอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาในกรณีนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

ในสัญญาจ้างก่อสร้างถนน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเพื่อป้องกันการทรุดตัวของดิน และสามารถก่อสร้างถนนต่อไปได้เป็นสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในข้อสัญญา และงานพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำนั้นอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว หากไม่ทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเสียก่อน ก็จะไม่สามารถสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้ การสร้างเชื่อมกันดินพังจึงเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไป แห่งวัตถุประสงค์

ของสัญญาที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำได้ตามสัญญา และข้อตกลงเรื่องการสร้างเขื่อน กันดินพังข้อมือถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลจึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชน

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชนได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อน ค.ส.ล. ราวเหล็กและบันไดเหล็กจากเขื่อนจุดเดิมถึงจุดที่กำหนดให้กับกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดี) แต่ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถไถ่รื้อบ้านที่รุกล้ำพื้นที่ก่อสร้างออกไปได้ และไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าอุปสรรคจะสิ้นสุดลงเมื่อใด ประกอบกับงบประมาณในการก่อสร้างเขื่อนตามสัญญานี้ได้ถูกสภากรุงเทพมหานคร ตัดไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้างอีกต่อไป ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้อาศัยอำนาจตามข้อ 19 ของสัญญาที่ให้อำนาจผู้ว่าจ้างที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติม หรือลดงาน จากแบบรูปและรายการละเอียด ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีมาทำการตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลงลดงานและวงเงินก่อสร้าง แต่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงถือว่าผู้ฟ้องคดีผิดสัญญาจ้างและบอกเลิกสัญญา ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยข้อสัญญาและข้อกฎหมายจึงฟ้องต่อศาลปกครองขอค่าสินไหมทดแทน ซึ่งศาลเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ในการก่อสร้างได้ และผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้างได้ต่อไปจึงแจ้งบอกเลิกสัญญานั้น มิใช่กรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะทำงานไม่แล้วเสร็จ ภายในเวลาหรือผู้ฟ้องคดีดำเนินการไม่ถูกต้องตามสัญญาประการใดประการหนึ่ง การบอกเลิกสัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและการที่ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาไม่ได้ว่าจะเป็นการเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปและรายการละเอียดตาม สัญญาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญานั้น เป็นกรณีที่สัญญาดังกล่าว มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่การแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นการลดงานก่อสร้างเขื่อนลง ทำให้ประโยชน์ในการก่อสร้างเขื่อนเพื่อป้องกันดินริมตลิ่งทรุดและน้ำท่วมบ้านเรือนราษฎรลดลงจากเดิมอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญา เปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา คดีดังกล่าว ศาลได้วางหลักไว้ว่าการใช้เอกสิทธิ์ (ตามข้อสัญญา) ในการแก้ไขสัญญา ฝ่ายเดียวนั้นต้องกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่คดีนี้การที่สัญญาไม่อาจปฏิบัติให้บรรลุผลได้เนื่องจากความบกพร่องของหน่วยงานเอง และการบอกเลิกสัญญาก็มิได้ เป็นไปเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลอีกด้วยซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะฟ้อง

คดีต่อศาล เพื่อขอค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ หากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและแม้จะเป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตามคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็จะต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญาเปลี่ยนแปลงผลงานก่อสร้างดังกล่าวจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญาที่ทำให้การดำเนินการเพื่อจัดทำสาธารณะให้มีประสิทธิภาพและประโยชน์การให้บริการสาธารณะลดลง มิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา

3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 กรณีกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวีได้ดำเนินการก่อสร้างท่าเทียบเรือท่ามะดะลัง จังหวัดสตูล เพื่อให้บริการรับส่งผู้โดยสารนักท่องเที่ยว และรองรับโครงการพัฒนาเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย โดยให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เข้าดูแลบริการชั่วคราวจนกว่ากรมการขนส่งทางน้ำจะพิจารณากำหนดเงื่อนไขการจัดให้เช่าและเงื่อนไขการประมูลหาผู้เช่าช่วงเสร็จเรียบร้อยแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการชั่วคราวแทนโดยจัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงระหว่างกัน ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีขอยกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือท่ามะดะลัง และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการส่งมอบท่าเทียบเรือคืน เนื่องจากเห็นว่าค่าตอบแทนที่ได้รับเป็นอัตราที่ต่ำมากและไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง รวมทั้งเกิดปัญหาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการบริหารจัดการ และนายองค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ตั้งเป้าหมายด้านการท่องเที่ยวไว้ว่าจะพยายามเพิ่มนักท่องเที่ยวโดยได้เสนอโครงการต่อนายกรัฐมนตรี ของบประมาณมาปรับปรุง สภาพภูมิทัศน์บริเวณท่าเทียบเรือท่ามะดะลังแล้วซึ่งคาดว่าจะได้รับการจัดสรร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารท่าเทียบเรือเป็นการชั่วคราวเอง โดยผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือ คำสั่งยกเลิกการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการบริหารจัดการท่าเทียบเรือ ดังกล่าวต่อไปซึ่งศาลเห็นว่า การบอกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการบอกเลิกเพื่อให้อายุของข้อตกลงสิ้นสุดลงตามข้อ 1.3 (ก) ที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือ ท่ามะดะลังชั่วคราวโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ในการแจ้งเลิกข้อตกลงไว้ และผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆ ไม่ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา อันเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนหรือ เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ อย่งไรก็ตามฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้อีกด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการ

สาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน  
 ได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ความเสียหายให้ด้วย โดยศาลเห็นว่ากรณี  
 ดังกล่าวไม่ใช่การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการทำผิดข้อตกลงของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด  
 และเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงที่พิพาทที่เป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการ สาธารณะให้เกิด  
 ประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยจะเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วย  
 ตนเอง จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอันเป็นไปตามข้อตกลงที่  
 พิพาทข้อ 1.3 (ก) ดังนั้น การแจ้งเลิกข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยชอบ ส่วนค่าเสียหายนั้น  
 คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้  
 เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติดสัญญาประกอบกับตามประมวลกฎหมาย  
 แห่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิม เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้  
 ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว โดยตามข้อตกลงผู้ดำเนินการบริหารท่าเทียบเรือจะต้องจัดหาอุปกรณ์  
 เครื่องมือที่จำเป็นต่อประสิทธิภาพและ ความต้องการในการประกอบกิจการเพิ่มเติมนอกเหนือจาก  
 ที่มีอยู่ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์และเครื่องมือที่จำเป็นแก่การบริการ  
 นอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายฟ้องว่ามีทรัพย์สินรายการ  
 ไต่บ้างและคิดค่าเสียหายส่วนนี้เป็นจำนวนเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้  
 ศาลจึงไม่อาจกำหนดให้ได้ส่วนค่าเสียหายที่ใช้ในการปรับปรุงต่อเติมท่าเทียบเรือที่ข้อตกลง  
 ดังกล่าวมิได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ทำการปรับปรุงต่อเติมท่าเทียบเรือแต่อย่างใด การกระทำ  
 ของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิ โดยชอบตามข้อตกลง และถือเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อ  
 ประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเอง จึงไม่มีความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยให้จากการใช้อำนาจ  
 แจ้งเลิกข้อตกลงดังกล่าวแต่อย่างใด คดีดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว  
 โดยคู่สัญญาเอกชน ไม่ได้กระทำผิดสัญญาและไม่อาจเรียกค่าเสียหายใดๆได้ ซึ่งเป็นการบอกเลิก  
 ตามข้อกำหนดในสัญญานั้น แม้ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่ได้ระบุเงื่อนไขที่ ฝ่ายปกครองจะบอกเลิก  
 สัญญาฝ่ายเดียวเช่นนี้ได้ แต่ศาลก็เห็นว่าต้องเป็นไปเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะหรือเพื่อ  
 ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยเห็นว่าเหตุผลตามคดีนี้เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว  
 ส่วนเรื่องค่าเสียหายนั้นหากกรณีดังกล่าวมีค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งไม่ใช่กรณีที่เอกชน  
 ได้กระทำเองนอกเหนือไปจากข้อตกลงและผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลอาจ  
 พิจารณาให้ได้ แม้ว่าข้อกำหนดในสัญญาจะระบุว่า เอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆในกรณีนี้  
 ไม่ได้ก็ตาม โดยศาลได้อ้างถึงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ในการกำหนดค่า  
 เสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่คดีดังกล่าวศาลไม่กำหนดค่าเสียหายให้เนื่องจากเห็นว่าเป็น  
 ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้กระทำไปเองนอกเหนือจากข้อตกลงอันเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์

ของตนเองนอกจากนี้ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ ในการแก้ไข สัญญาฝ่ายเดียว หรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุง บริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนรวมนี้ เป็นหลัก กฎหมายปกครองทั่วไป

การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้น โดยไม่จำเป็นต้อง ได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดี แม้จะทำให้เอกชน ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย คู่สัญญาฝ่าย ปกครองก็ยังสามารุใช้อำนาจพิเศษดังกล่าว ได้เสมอตราบเท่าที่เป็นไปโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์ สาธารณะ หรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองความต้องการ ของประชาชนส่วนรวม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับการชดเชยถ้าหากได้รับความเสียหาย แม้ความในข้อ 1.3(ก) ของบันทึกข้อตกลงการจัดการบริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือท่ามะลิ่ง ระหว่างคู่กรณีกำหนดข้อตกลงที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะลิ่ง เป็นการชั่วคราวด้วยผู้ฟ้องคดีจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆ ไม่ได้ทั้งสิ้นก็ตาม คู่สัญญาฝ่าย ปกครองต้องชดเชยความเสียหาย

หลัก Pacta Sunt Servanda เป็นหลักกฎหมายที่ว่าเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญา ต่อกันแล้วและสัญญาดังกล่าวเป็นผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ นั้นก็จะมีผล ผูกพันให้คู่สัญญาที่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งจะปลดเปลื้องตนเองจากความผูกพันที่เกิดจากการตกลงโดยสมัครใจไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีการที่ จะยึดตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อสภาวะการณ์ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง หรือเป็นกรณี ที่ไม่มีเหตุแทรกแซงใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ดังนั้นหากสภาวะการณ์ได้มีการ เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก หรือมีเหตุมาแทรกแซงทำให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่สามารถ กระทำได้ ก็อาจส่งผลให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่นำมาปรับ ใช้ในเรื่องนี้ คือหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus หมายความว่า ความผูกพันตามสัญญาโดยยอม ตั้งอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญานั้น<sup>4</sup> หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆยังคงเดิม ไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสภาวะการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดของเขตของเจตนา ผูกพันหากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่า เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปคู่กรณีอีกฝ่าย ย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณียอมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยาย

<sup>4</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 7.

ว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ ตามปกติตนเอง<sup>5</sup> ทั้งนี้แต่ละประเทศได้นำ Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้โดยได้นำไปพัฒนาหรือขยายความหลักนี้ให้มีลักษณะหรือความหมายที่อาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกัน โดยบางประเทศได้นำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ในลักษณะของการชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัย และได้พัฒนาหลักนี้จนเป็นการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระอย่างมากแก่คู่สัญญา (Hardship) อีกกรณีหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้แต่การชำระหนี้จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องชำระหนี้ที่มีมูลค่าสูงมากกว่าที่คาดกันไว้ หรือได้รับชำระหนี้ในมูลค่าที่ลดลง (Hardship) โดยคู่สัญญาไม่มีความผิด เช่น

1) ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสวางหลักว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญาหากเกิดเหตุการณ์จากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) ได้แก่ การกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎ ระเบียบใหม่ เพื่อบังคับแก่คู่สัญญาเป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญาจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา<sup>6</sup>

2) หลักกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้ “มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือเป็นการไม่สมเหตุผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้”

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 11.

<sup>6</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. หน้า 89-90.



3) ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) มี 2 กรณี<sup>7</sup> 1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจทำการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยมิต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดค่าใช้จ่ายหรือระยะเวลาที่กำหนด หรืองานที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัย (Changes Clause) แล้ว มิได้กำหนดถึงค่าชดเชยค่าเสียหายไว้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องทำการปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาอย่างเป็นธรรม (Equitable Adjustment) ผู้รับจ้างจึงมีสิทธิได้รับค่าชดใช้ค่าเสียหายหรือได้รับค่าทดแทน การปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมดังกล่าวเป็นการนำหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า Quantum Meruit หรือ Quantum Valebat มาใช้ซึ่งหมายถึง การชดเชยเท่าที่สมควรจะได้รับ (As much as deserved) ในจำนวนที่เหมาะสมกับบริการที่ได้ดำเนินการไป หรือหมายถึงจำนวนมูลค่าสูงสุดที่เคยมี (As much as they were worth) ดังนั้นการปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมดังกล่าวจึงไม่รวมถึงส่วนที่เป็นกำไรอันคาดหมายว่าจะได้รับ (Anticipatory Profit) 2) การยกเลิกสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐ (Termination for Convenience Clause) รัฐและผู้รับจ้างต้องดำเนินการจัดการทรัพย์สินอย่างเหมาะสมโดยผู้รับจ้างต้องจัดทำข้อเรียกร้องสำหรับจำนวนค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการยกเลิกสัญญาในรูปของ Settlement Proposal ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดใน FAR ซึ่งผู้รับจ้างต้องได้รับค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม สำหรับงานที่ได้ดำเนินการไปแล้วรวมทั้งสิ่งที่ได้จัดเตรียมไปแล้วสำหรับงานที่ถูกยกเลิก และกำไรตามสมควร (Reasonable allowance for profit) เช่น ค่าจัดการทำบัญชี ค่าที่ปรึกษากฎหมาย และค่าใช้จ่ายอื่นที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการจัดเตรียม Settlement และข้อมูลประกอบค่าใช้จ่ายในการยกเลิกสัญญาช่วง ค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บสินค้า การเดินทางรวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นๆที่จำเป็นและเกิดขึ้นในการเก็บรักษา ป้องกันหรือกำจัดสินค้าหรือบริการที่ได้ถูกยกเลิกสัญญาเป็นต้น นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจพิจารณาให้กำไรแก่ผู้รับจ้างสำหรับสิ่งที่ผู้รับจ้างได้จัดเตรียมดำเนินการไปแล้วหรือได้กระทำเสร็จสิ้นไปแล้ว (Profit on preparation made and done) ก็ได้

สำหรับการชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) การจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญาซึ่งจะไม่มีกรชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด แต่มีกรณีที่รัฐ

<sup>7</sup> บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. เล่มเดิม. หน้า 123-126.

ต้องชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับใบอนุญาต ดังนี้<sup>8</sup> 1) กรณีผู้รับใบอนุญาตได้เริ่มดำเนินการแล้วไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด หากศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตและขายโครงการทั้งหมดหรือบางส่วน หรือเลิกโครงการ และจัดสรรเงินที่ได้รับจากโครงการให้แก่ผู้มีสิทธิ ผู้ซื้อโครงการต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตที่ยังค้างอยู่ สหรัฐอาจเป็นผู้ซื้อก็ได้แต่ต้องไม่จ่ายเงินให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในจำนวนที่มากกว่าที่ต้องจ่ายในกรณีที่มีการยกเลิกใบอนุญาต 2) กรณีที่รัฐเข้าครอบครองและดำเนินโครงการของผู้รับใบอนุญาต (Take Over) โดยดำเนินการโอนทรัพย์สินของผู้รับใบอนุญาตมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากได้จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนอย่างเป็นธรรมให้แก่เงินลงทุนสุทธิในโครงการที่เข้าครอบครอง 3) กรณีรัฐใช้โครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว สหรัฐต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just and fair compensation) บนหลักการกำไรที่พอสมควร (Reasonable Profit)

ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาทางปกครองมีหลักการในการดำเนินจัดทำบริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองกรณีประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ซึ่งการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามบัญญัติของกฎหมายได้แก่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 136 ที่ให้อำนาจของหัวหน้าส่วนราชการพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วได้เท่าที่ความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ หรือข้อ 137 ที่ให้อำนาจหัวหน้าส่วนราชการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น หรือการใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาตามกฎหมายเฉพาะบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในการออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสัญญาสัมปทานป่าไม้หรือเลิกสัญญาสัมปทานได้ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเรียกอาชญาบัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไข เปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2516 ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่า

<sup>8</sup> แหล่งเดิม. หน้า 134-139.

จำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิพิเศษดังกล่าว โดยสามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ทันที ซึ่งจากบทบัญญัติของระเบียบหรือกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิพิเศษดังกล่าว โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ทันที เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยกฎหมายบางฉบับได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย รวมทั้งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ก็ไม่ได้กำหนดวิธีการเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายเอาไว้จากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนคู่สัญญาได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองและมีบางฉบับฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้ตอบสนองกับความต้องการของประชาชน โดยการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่ได้กำหนดวิธีการเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายเอาไว้ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญาซึ่งสมควรกำหนดวิธีการเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายเอาไว้ในระบบกฎหมายปกครองไทย

#### 4.1.2 ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย

กรณีเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองที่มีได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญา ซึ่งก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชน โดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครองอยู่ในฐานะที่เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม กรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุหรือรากฐานของสัญญาตามกฎหมายไทยซึ่งไม่มีบทบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องนี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนในต่างประเทศ ดังนั้น เมื่อศาลยุติธรรมจะวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทในกรณีนี้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้หรือไม่ นั้น ศาลยุติธรรมก็ย่อมต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 139 ที่ว่า “การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้อยู่ใน

อำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริงกรณีเหตุสุดวิสัย ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 บัญญัติคำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่าเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลบังคับก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสพหรือ ใกล้เคียงต้องประสพเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลใน ฐานะและภาวะเช่นนั้น

การชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย หมายถึง กรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้เป็น สิ่งที่เป็นไปไม่ได้ หรือเป็นสิ่งที่ปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งในการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยอาจเป็นกรณีที่ เป็นการพ้นวิสัยทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย อาจมีเหตุมา จากเหตุสุดวิสัย หรืออาจเกิดเหตุอื่น เช่น เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของลูกหนี้ทำให้ การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย ผลจากการศึกษาพบว่าการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในกรณีดังกล่าวมีแนวคำวินิจฉัยไว้ ดังนี้

การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาโดยคณะกรรมการ วินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้มีคำวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้แก่หน่วยงานทางปกครอง เช่น

1) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 101/2526 กรณีคู่สัญญาฝ่าย เอกชนร้องทุกข์ขอให้กรมอาชีวศึกษาต่ออายุสัญญาก่อสร้างวิทยาลัยเกษตรกรรมกำแพงเพชรและ วิทยาลัยเกษตรกรรมพิจิตร เนื่องจากในระหว่างการก่อสร้างปรากฏว่า ไม้ประกอบฝ้า กระจกฝ้า และ กระจกฝ้าซึ่งต้องใช้เป็นจำนวนมาก ผู้ร้องทุกข์ไม่สามารถจัดหาได้เพราะหายากและ ไม่มี จำหน่ายในท้องตลาด แม้แต่องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ก็ไม่อาจจัดหาไม้ตามกำหนดขนาดให้ได้ และกรมอาชีวศึกษาไม่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงรูปแบบและรายการเพราะทำให้ทางราชการเสียเปรียบ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่า ไม้ที่ใช้ในการก่อสร้าง โครงสร้างหลังคามีใช้หาไม่ได้ตามที่ผู้ร้องทุกข์ อ้างมาเป็นแต่เพียงอาจจะหาได้ด้วยความยากลำบากเท่านั้น โดยกรณีนี้การที่ไม้หายาก มิได้เกิดขึ้น โดยกะทันหัน เช่น มีการปิดป่าเป็นต้นและในที่สุดผู้ร้องทุกข์ก็หาไม้มาทำการก่อสร้างได้กรณี ดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุสุดวิสัยที่จะทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 219 จึงมีมติให้ยกเรื่องร้องทุกข์นี้

เห็นได้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวพิจารณาสีทึบหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาในกรณีที่มีการ เปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงภายหลังจากการทำสัญญา โดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเห ตุสุดวิสัยที่จะทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่ หากไม่ใช่เหตุสุดวิสัย คู่สัญญาก็มี หน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาต่อไป แม้การปฏิบัติตามสัญญานั้น จะมีความยากลำบาก ก็ตาม โดยจากข้อพิพาทดังกล่าวคณะกรรมการฯ ไม่ยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดย

ต่ออายุสัญญา เนื่องจากเห็นว่าแม้การปฏิบัติการชำระหนี้จะยากลำบากแต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ ดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องผูกพันกันตามสัญญาเดิมต่อไป

2) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 10/2531 เอกชนคู่สัญญาร้องทุกข์ว่าในการก่อสร้างคลองส่งน้ำภาคคอนกรีตซึ่งผู้ร้องทุกข์เป็นคู่สัญญากับสำนักงานพลังงานแห่งชาติ นั้น ปรากฏว่าปริมาณงานในใบเสนอราคาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้กำหนดการก่อสร้างงานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยไว้จำนวน 62 ฐาน แต่ในทางปฏิบัติจริงจะต้องก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยถึง 120 ฐานถึงจะสามารถวางท่อส่งน้ำข้ามห้วยได้ตามสัญญา ผู้ร้องทุกข์ได้ชี้แจงให้สำนักงานพลังงานแห่งชาติทราบและขอสงวนสิทธิที่จะเพิ่มเวลาดำเนินการและค่างาน ตามสมควร เพราะเป็นการเพิ่มงานแก่ผู้ร้องทุกข์ แต่สำนักงานพลังงานแห่งชาติแจ้งว่าสำนักงาน งบประมาณไม่อนุมัติให้เพิ่มเงินค่าก่อสร้างเนื่องจากผู้ร้องทุกข์มีหน้าที่ต้องทำการก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำจนเสร็จสมบูรณ์ตามสัญญา คณะกรรมการเห็นว่า กรณีนี้เชื่อตามรายการก่อสร้างที่ระบุจำนวนฐานไว้ชัดเจนในใบเสนอราคา จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญากันโดยมีเจตนาตรงกันว่าจะมีฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยเพียง 62 ฐานดังที่บริษัทผู้ออกแบบระบุไว้ เมื่อปรากฏว่าความสำเร็จของงานตามสัญญาว่าจ้างรายนี้อยู่ที่การวางท่อส่งน้ำ แต่การที่จะทำการจนสำเร็จนั้นมียานที่อยู่ นอกเหนือจากความเข้าใจที่มีต่อกันมาแต่เดิม กรณีจึงเป็นการเพิ่มงานจากที่เคยตกลงกันไว้และมีใช้รายละเอียดอันไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ผู้รับจ้างจะต้องทำให้โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายตามข้อกำหนดในสัญญา หากสำนักงานพลังงานแห่งชาติประสงค์ จะให้ผู้ร้องทุกข์วางท่อส่งน้ำจนสำเร็จตามแบบแปลนจึงต้องเพิ่มงานและเพิ่มเวลาให้แก่ผู้ร้องทุกข์ ดังนั้นการที่บังคับให้ผู้ร้องทุกข์ดำเนินการก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำที่ยังขาดอยู่ต่อไปโดยไม่เพิ่มเงินและเวลาจึงไม่ถูกต้อง คณะกรรมการจึงมีมติให้สำนักงานพลังงานแห่งชาติถือปฏิบัติ ตามสัญญาต่อไปโดยถ้าประสงค์จะเพิ่มงานก็ต้องพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง ในสัญญาโดยเพิ่มเงินและเพิ่มเวลาตามส่วนที่เป็นจริงต่อไป

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผลสำเร็จของงานในกรณีนี้มีงานที่อยู่นอกเหนือจากความเข้าใจของคู่สัญญาซึ่งหากต้องการให้งานสำเร็จตามสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้อง รับผิดชอบกว่าที่ได้คาดหมายไว้และไม่เป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญา กรณีดังกล่าวจึงต้องมีการแก้ไขสัญญาโดยเพิ่มเงินและเวลาเพื่อให้เอกชนสามารถปฏิบัติงานตามสัญญาต่อไปได้ ซึ่งจากคำวินิจฉัย ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและเพื่อให้งาน ตามสัญญาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะสำเร็จลงได้

3) คำวินิจฉัยคณะกรรมการร้องทุกข์ที่ 12/2524 กรณีผู้ร้องทุกข์ร้องว่าได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาหลักสูตรกับกรมวิชาการกระทรวงศึกษาธิการซึ่งเอกสารประกอบสัญญามีข้อความคนละแนวทางโดยข้อหนึ่งให้การก่อสร้างอาคารใช้เสาเข็มยาว 23 เมตร แต่อีกข้อหนึ่งกำหนดให้ตอกเสาเข็มลงจนรับน้ำหนักได้เท่าที่กำหนด (มีการตอก Blow count) ตามวิธีการที่กำหนดไว้ 50 ครั้ง โดยไม่ทรุดลงอีก ปรากฏว่าเมื่อดำเนินการจริงในบริเวณก่อสร้างมีชั้นดินเหลวอยู่ข้างล่างโดยผู้กรณีไม่ทราบมาก่อน ทำให้ดินไม่สามารถรับน้ำหนักได้ต้องเพิ่ม ความยาวเสาเข็มเป็น 25.5 เมตร และ 28 เมตร หน่วยงานทางปกครองจึงสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของเสาเข็มแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้เดิมในสัญญา ทำให้ผู้ร้องทุกข์ต้องเสีย ค่าใช้จ่ายเพิ่มอีก แต่หน่วยงานทางปกครองไม่ยอมเพิ่มเงินค่าเสาเข็มให้จึงร้องทุกข์ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า เรื่องนี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการที่กรมวิชาการสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของ เสาเข็มจากแบบรูปตามที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นจะถือเป็นการเพิ่มงานอันมีผลทำให้ต้องเพิ่มเงินให้แก่ผู้ร้องทุกข์ตามข้อสัญญาที่ว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบและรายการเดิมได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญาโดยจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ในส่วนของงานที่เพิ่มหรือลดหรือไม่ นั้น จากข้อความในสัญญา แสดงว่าต้องทำให้ได้อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่กำหนด หากตอกลงไปแล้วสามารถรับน้ำหนักได้พอก็ตัดเสาเข็มที่เกิน แต่ถ้าตอกไปแล้วรับน้ำหนักไม่ได้ก็ต้องเพิ่มความยาวเสาเข็มจนรับน้ำหนักได้ตามที่กำหนด มิฉะนั้น ข้อกำหนดการรับน้ำหนัก Blow count 50 ครั้ง จะไร้ผลกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่การเพิ่มงาน จึงไม่สามารถขอเพิ่มเงินค่าจ้าง แต่กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อย เห็นว่าเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพดินอ่อนในชั้นถัดไปไม่ได้เป็นสิ่งที่รู้กันมาก่อนระหว่างคู่กรณี เพราะเป็นดินอ่อนตัวเฉพาะบริเวณพื้นที่ก่อสร้างมิใช่พื้นที่ในบริเวณนั้นทั้งหมด กรณีย่อมอยู่นอกเหนือการคาดหมายแต่เดิมของคู่กรณี เมื่อเนื้องานเพิ่มขึ้นก็ต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นตามส่วน ซึ่งนายกรัฐมนตรีได้พิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นี้แล้วมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมของหน่วยงานทางปกครอง โดยให้จ่ายเงินเพิ่มให้ตามความเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อย

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ฝ่ายเสียงข้างน้อย แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus อย่างชัดเจน โดยพิจารณาถึงเหตุที่เกิดขึ้นว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้คาดหมายไว้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักขึ้นจากเหตุดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายเงินเพิ่มขึ้นตามส่วน โดยกรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับทฤษฎีการรับภาระติดพันซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกรณีที่มีข้อยุ่งยากเกี่ยวกับเนื้อหาในการปฏิบัติงานซึ่งมีผลให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระเพิ่มขึ้น และยอมมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนเพื่อ

การนี้ได้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับสัญญาที่หน่วยงานในรัฐบาลได้ทำ กับคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 เช่น คำวินิจฉัยของกรมอัยการตามที่ได้ให้ ความเห็นในเรื่องรับที่ ห.34/2509 กรณีที่นายเติมมิตรทำสัญญาซื้อขายข้าวเหนียวคล้อยกับกรม ราชทัณฑ์โดยเรือรจําอูรธานีเมื่อ 1 ตุลาคม 2509 เป็นเวลา 1 ปีในราคา 158 บาทต่อ 100 กิโลกรัม ต่อมาวันที่ 1 ธันวาคม 2509 นายเติมมิตรได้ทำหนังสือขอลเลิกสัญญาและยอมให้ริบเงินประกัน เนื่องจากราคาสูงขึ้นมาก กรมราชทัณฑ์โดยเรือรจําอูรธานีได้ดำเนินการจัดประมูลราคาใหม่ได้มี นายเล็กเข้าทำสัญญาในราคา 267 บาทต่อ 100 กิโลกรัม โดยวินิจฉัยว่าเป็นพฤติการณ์ที่เลิกสัญญา แล้ว<sup>9</sup> สำนักงานอัยการสูงสุดหรือกรมอัยการในอดีตนั้น ก็ได้ยึดถือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งหมด เช่นกัน และจะยึดถือกฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหารเป็นเกณฑ์ในการรักษาผลประโยชน์ของ รัฐด้วย โดยแนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดผูกพันอยู่กับหลักกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ แม้แต่การที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีผลทำให้ฝ่ายรัฐเสียเปรียบหรือไม่ก็พิจารณาวินิจฉัย บนพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งเช่นกัน

การระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมก่อนการจัดตั้งศาลปกครองซึ่งตามแนวคำพิพากษา ของศาลฎีกาที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ เช่น

1) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1738/2525 ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษาว่าคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐกับ เอกชน ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ใน สัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>10</sup> ตามแนวคำวินิจฉัยพิพากษาศาลฎีกาของศาล ซึ่งมีการตัดสินใจในคดีที่เกี่ยวกับการชำระหนี้เป็นพันวิสัย เช่น

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2551 ซึ่งตัดสินว่าผู้ให้เช่าซื้อไม่ทำถนนคอนกรีตและวางท่อ ระบายน้ำเพราะวัสดุมีราคาเพิ่มสูงขึ้น ไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยผู้ให้ เช่าซื้อต้องปฏิบัติตามสัญญา

3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2829/2522 ซึ่งตัดสินว่าลูกหนี้จะอ้างเหตุเพราะวัสดุก่อสร้างที่มี ราคาสูงขึ้นมาเป็นเหตุให้พ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาไม่ได้

<sup>9</sup> กรมอัยการ. เล่มเดิม. หน้า 617.

<sup>10</sup> ปาร์วี พิสิฐเสนากุล. เล่มเดิม. หน้า 135-136.

4) คำพิพากษาฎีกาที่ 2934/2522 ซึ่งตัดสินว่ากรณีที่ผลผลิตของน้ำมันดิบขาดแคลน เพราะต่างประเทศขึ้นราคาน้ำมันดิบไม่เป็นเหตุพ้นวิสัยที่ผู้ขายจะส่งยางแอสฟัลท์ซึ่งเป็นผลพลอยได้จากน้ำมันดิบแก่ผู้ซื้อไม่ได้ตามกำหนดเวลา ผู้ขายต้องรับผิดชอบในการส่งสินค้าล่าช้า

5) คำพิพากษาฎีกาที่ 2653/2526 ศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิต (โจทก์) กับบริษัทจำกัดสามแสนพันวัง (ประเทศไทย) (จำเลย) ที่ไม่สามารถจัดหาเรือเพื่อมาบรรทุกน้ำมัน ส่งมอบให้โจทก์ได้เป็นเรื่องความสามารถของจำเลยเองและการที่น้ำมันในตลาดโลกสูงขึ้นเป็นเหตุให้จำเลยขาดทุนก็เป็นเรื่องธรรมดาของการค้าซึ่งอาจมีทั้งกำไรและขาดทุน พฤติการณ์ดังกล่าวมิใช่เหตุสุดวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 8

6) คำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2531 จำเลยอ้างเหตุส่งมอบดินขาวให้โจทก์ตามสัญญา ไม่ได้เพราะมีโจรแบ่งแยกดินแดนข่มขู่เรียกค่าคุ้มครองจากโรงงานที่ผลิตดินขาวของจำเลย เป็นเหตุให้พนักงานไม่กล้าเข้าไปทำงาน ดังนี้เมื่อตามสัญญามีได้เจาะจงให้ส่งมอบดินขาวจากแหล่งผลิตของโรงงานจำเลยจำเลยจึงยอมจัดหาดินขาวจากแหล่งอื่นได้ดินขาวมิใช่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจำเลยจะอ้างว่าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยและปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้

กรณีในประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจในช่วงปี พ.ศ. 2540 ที่ไทยได้มีการประกาศให้ค่าเงินบาทลอยตัวในช่วงเดือนกรกฎาคม 2540 ทำให้ค่าเงินบาทของไทยอ่อนตัวลงถึงกว่าร้อยเปอร์เซ็นต์ จาก 1 ดอลลาร์สหรัฐ เท่ากับ 25 บาท เป็น 1 ดอลลาร์สหรัฐ เท่ากับ 57 บาท ถือได้ว่าเป็นกรณีที่อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากซึ่งเป็นผลให้ค่าเงินบาทของไทยมีค่าลดลงไปและอาจมีผลกระทบต่อชำระหนี้ของคู่สัญญาจึงมีประเด็นปัญหาว่า การที่ค่าเงินบาทได้ลดลงไปจะมีผลกระทบต่อชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งประเทศไทยได้ยึดถือแนวความคิดทฤษฎีหน่วยสมมติที่ว่าเมื่อบุคคลเป็นหนี้อยู่จำนวนเท่าใดก็ย่อมต้องชำระหนี้หรือรับชำระหนี้ตามจำนวนนั้น ไม่ว่าภายหลังจากทำสัญญาค่าของเงินจะมีการเปลี่ยนแปลงไปเพียงใด<sup>11</sup> และตามคำพิพากษาฎีกาของไทยซึ่งได้มีการตัดสินเกี่ยวกับกรณีของการชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2521, 2829/2522, 2934/2522, 2653/2526 และ 2046/2531 ใ้วางหลักไว้ว่า การที่วัตถุที่ใช้ในการผลิตหรือสินค้าหาได้ยากรวมทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น เป็นกรณีที่การชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระมากขึ้น โดยไม่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้อย่างสิ้นเชิงลูกหนี้ไม่สามารถอ้างได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 แห่งประมวล

<sup>11</sup> ซาคินี สกุกเบ็กโพร. (2540). ระบบอัตราแลกเปลี่ยนเงินตามต่างประเทศกับผลกระทบต่อชำระหนี้ตามคำพิพากษา. หน้า 138.



กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่ค่าของเงินลดลงเป็นเพียงเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระหนักขึ้นเท่านั้น ไม่ได้ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้จึงไม่สามารถอ้างเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้

การระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ เช่น

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 260/2552 ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่ว่าการอำเภอบันนังสตากับผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาจ้าง เมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2547 วงเงินค่าก่อสร้างรวม 7,980,000 บาท สัญญาจ้างดังกล่าวกำหนดว่าผู้ฟ้องคดีต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่ 23 มีนาคม 2547 และจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ภายในวันที่ 17 พฤศจิกายน 2547 แต่ภายหลังจากทำสัญญาสถานการณ์ความไม่สงบในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้มีความรุนแรงขึ้นในช่วงระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างเป็นช่วงที่สถานการณ์เริ่มทวีความรุนแรงขึ้นทุกวัน โดยเฉพาะมีการวางระเบิดบ้านพักนายอำเภอบันนังสตา เมื่อต้นเดือนเมษายน 2547 ทำให้ผู้ฟ้องคดีประสบปัญหาเรื่องคนงานไม่กล้าเข้าพื้นที่ทำงานผู้ฟ้องคดีขอขยายระยะเวลาการก่อสร้างออกไปจนกว่าสถานการณ์จะสงบผู้ถูกฟ้องคดีว่าการอ้างเหตุการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ไม่ได้เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะขอขยายเวลาก่อสร้างหรือลดค่าปรับได้ และเร่งรัดให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามสัญญาจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีอนุญาติให้อำเภอบันนังสตาบอกเลิกสัญญาแล้ว จึงบอกเลิกสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีตามข้อ 6 ของสัญญาจ้าง ตั้งแต่วันที่ 19 กรกฎาคม 2547 เป็นต้นไป และขอสงวนสิทธิในการรับเงินประกันสัญญาจำนวน 399,000 บาทหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดหาผู้รับจ้างรายใหม่ แต่ไม่สามารถจัดหาผู้รับจ้างรายใหม่ได้ เนื่องจากปัญหาค่าก่อสร้างที่ว่าการอำเภอบันนังสตาที่มีส่วนที่เพิ่มขึ้น 3,081,981 บาท จากเดิมที่กรมการปกครองจัดสรรงบประมาณประจำปี พ.ศ. 2547 ไว้จำนวน 7,980,000 บาท โดยคณะกรรมการกำหนดราคากลางในการก่อสร้างเป็นเงิน 11,061,981 บาท และกรมการปกครองไม่สามารถสนับสนุนงบประมาณดังกล่าวได้

ศาลฟังว่าเหตุการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งรวมถึงจังหวัดยะลา มีความรุนแรงจนเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรับเหมาก่อสร้างในจังหวัดยะลา รวมทั้งผู้ฟ้องคดีไม่สามารถหาคนงานเข้าทำงานในพื้นที่ก่อสร้างได้จริง จึงต้องถือเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งผู้ฟ้องคดีไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้รับการขยายเวลาทำการตามสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย ตามข้อ 139 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และข้อ 21 ของ

สัญญาจ้างเมื่อผู้ฟ้องคดีมีหนังสือลงวันที่ 29 เมษายน 2547 วันที่ 17 พฤษภาคม 2547 และวันที่ 7 มิถุนายน 2547 แจ้งเหตุสุดวิสัยดังกล่าวให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบและขอเลื่อนกำหนดการก่อสร้างออกไปหรือขอสงวนสิทธิการขยายระยะเวลาการก่อสร้างตามสัญญาจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีชอบที่จะพิจารณาขยายระยะเวลาการก่อสร้างตามสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามที่มีเหตุเกิดขึ้นจริง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่พิจารณาขยายระยะเวลาการก่อสร้างตามสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีและบอกเลิกสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีรวมทั้งริบเงินหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาจากธนาคารผู้ค้ำประกันจึงเป็นการไม่ชอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องคืนเงินหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาแก่ผู้ฟ้องคดี ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา จำนวน 399,000 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี

หลัก Clausula rebus sic stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” หลัก Clausula rebus sic stantibus เป็นหลักที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดของเขตของเจตนาผูกพัน หากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปคู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณีย่อมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยายว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งมีใช้การชำระหนี้เป็นการพ้นวิสัยที่จะทำให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้

กรณีเหตุสุดวิสัยซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 บัญญัติคำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่าเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดีเป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสพหรือใกล้จะต้องประสพเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น และการชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย หมายถึงกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ หรือเป็นสิ่งที่ปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งในการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยอาจเป็นกรณีที่เป็นการพ้นวิสัยทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย อาจมีเหตุมาจากเหตุสุดวิสัย หรืออาจเกิดเหตุอื่น เช่น เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย

การแก้ไขปัญหาดังกล่าวของต่างประเทศ เช่น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางแนวคำวินิจฉัยคดีปกครองในกรณีพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปโดยพิพากษารับรองให้มีการปรับข้อตกลงตามสัญญาระหว่างรัฐกับคู่สัญญาเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหากเกิดข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามสัญญาขึ้น สภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยอมให้มีการปรับสัญญาได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ เหตุผลสำคัญในคำวินิจฉัยของ สภาแห่งรัฐ ก็คือ การคุ้มครองประโยชน์ของ

สาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไป โดยไม่ขาดตอน เพื่อจะได้ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้นเมื่อเหตุการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย<sup>12</sup> ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้น จะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ<sup>13</sup>

1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ได้แก่ เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าเกิดขึ้น โดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ตามมาคือ การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์เช่นนี้อาจได้แก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหว หรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ เป็นต้น เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเรียกว่า เหตุสุดวิสัย เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยมีผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญา

2) เหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) ได้แก่ การกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎ ระเบียบใหม่เพื่อบังคับแก่คู่สัญญา เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา

3) เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ดังตัวอย่างเช่น การห้ามวัสดุบางอย่างเข้าประเทศ การลดค่าเงิน การขึ้นภาษี เป็นต้น

เหตุการณ์อันมีอาจคาดหมายได้ที่เกิดขึ้นระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา มีความแตกต่างจากเหตุสุดวิสัยโดยเหตุสุดวิสัย (La force majeure) นั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองหรือ

<sup>12</sup> กิตติศักดิ์ ปกรกิต ข เล่มเดิม. หน้า 29.

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ หน้าเดิม.

คู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ จนอาจเป็นเหตุยกเลิกสัญญาทางปกครอง (La résiliation du contrat) ที่ทำขึ้นได้ ซึ่งเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้จะมีลักษณะใกล้เคียงเหตุสุดวิสัย คือ เป็นเหตุภายนอกอยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญาเป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายหรือคาดการณ์ได้ล่วงหน้า แต่เหตุอันไม่อาจคาดหมายได้นั้น เป็นเหตุที่เพียงทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากขึ้นมีภาระมากขึ้นเป็นอย่างมาก แต่ไม่ถึงขนาดทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้หรือเป็นการพ้นวิสัย นอกจากนี้เหตุไม่อาจคาดหมายได้จะมีลักษณะเพียงชั่วคราวเท่านั้น หากเหตุนั้นกลายกลายเป็นเหตุที่มีลักษณะถาวรเมื่อไรการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเพราะเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้จะยุติลง และเป็นเหตุที่คู่สัญญาอาจตกลงแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ หรือหากตกลงกันไม่ได้อาจร้องขอต่อศาลให้สั่งยกเลิกสัญญาได้ (C.E., 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg, Rec. 10500, concl. Josse; S. 1933, 3, 9 note Laroque; D. 1933, 3, 7 note Pelloux ; R.D.P. 1933. 177, concl. Josse, note Jéze)<sup>14</sup> หากเกิดเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ได้แก่ เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าเกิดขึ้น โดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือชดชวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ตามมาคือการปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์เช่นนี้อาจได้แก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหว หรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ เป็นต้น เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เรียกว่า เหตุสุดวิสัย เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยมีผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญา<sup>15</sup>

หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้ “มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (1) ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หรือเพื่อคุ้มครอง

<sup>14</sup> บุนผา อัครพิมาน ข เล่มเดิม. หน้า 193.

<sup>15</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ หน้าเดิม.

ป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้”

ผู้เขียนเห็นว่า การที่เกิดพฤติการณ์ที่มีโอกาสหายได้และมีใช้การชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัย การที่ศาลปกครองหรือผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาว่า เหตุที่มีโอกาสหายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้นไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลุดพ้นจากการชำระหนี้และต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะทำให้เกิดภาระเกินสมควรกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยไม่มีกรณีที่เอกชนจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายหากปฏิบัติตามสัญญาต่อไป การกำหนดให้เอกชนคู่สัญญาขอแก้ไขการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง เฉพาะการงดหรือลดค่าปรับ หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาเท่านั้น เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัย หรือเหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้ จึงไม่รวมถึงการชดเชยความเสียหายที่ควรได้รับการปฏิบัติตามสัญญาอย่างไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งในต่างประเทศได้กำหนดวิธีการเยียวยาปัญหาดังกล่าวไว้แล้ว

#### 4.1.3 ปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาออกใช้บังคับภายหลังจากที่ทำสัญญาทางปกครองไว้แล้วมีผลทำให้ข้อตกลงในสัญญาขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งเป็นกรณีเหตุที่มีโอกาสหายได้ การระงับข้อพิพาทกรณีดังกล่าวโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับดังกล่าวว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้คู่สัญญาแก้ไขสัญญาได้ เช่น

1) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาร่วมการลงทุนและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยผู้ถูกฟ้องคดีในปี พ.ศ. 2535 ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 2544 มีผลใช้บังคับผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวทำให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเปลี่ยนเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่ง เช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในสถานะที่มีเสรีภาพในการแข่งขันเท่าเทียมกับผู้ถูกฟ้องคดี จึงฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะขัดต่อการแข่งขันอย่างเสรีเท่าเทียมและเป็นธรรมและให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิบางประการตามสัญญา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำขอดังกล่าวถือได้ว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำสั่งบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตก

ลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542

2) คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 646/2545 ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่จากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อให้ศาลสั่งแก้ไขข้อตกลงระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีเรื่องการคิดค่าเชื่อมโยงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้สอดคล้องกับหลักการคิดค่าตอบแทนในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแบบสากลและแก้ไขสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ ศาลปกครองกลางเห็นว่า เป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำสั่งบังคับให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 และคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 646/2545 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลปกครองไม่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา เมื่อกฎหมายที่ออกใช้บังคับภายหลังที่มีผลทำให้สัญญาขัดต่อกฎหมาย หรือข้อตกลงในสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย ศาลจะเยียวยาให้ก็ต่อเมื่อเอกชนคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาและฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล ส่งผลให้มีคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยไม่จำเป็น

หลัก *Clausula rebus sic stantibus* เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” ซึ่งการออกกฎหมายโดยรัฐสภาก็เป็นกรณีที่วิญญูชนไม่อาจคาดหมายได้และมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องชำระหนี้ที่มีมูลค่าสูงมากกว่าที่คาดกันไว้ ซึ่งแต่ละประเทศได้มีวิธีการกำหนดวิธีเยียวยากรณีดังกล่าว เช่น

1) ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสวางหลักว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (*Impévision*) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้

2) หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้ “มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (1) ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือไม่หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ (2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ตราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วย”

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีเมื่อเกิดเหตุอันอาจคาดหมายได้กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่มาใช้บังคับภายหลังทำให้มีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองศาลปกครองจะไม่เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากศาลปกครองเห็นว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปซึ่งจะเป็นภาระที่หนักเกินสมควรและเกิดความเสียหายจนฝ่ายเอกชนคู่สัญญาต้องฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญา และส่งผลให้มีคดีขึ้น ไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยไม่จำเป็น

#### 4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองกรณีเปลี่ยนแปลง กฎ ระเบียบของฝ่ายปกครองเองและการเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากพฤติกรรมหรือเหตุสุดวิสัยที่มีได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญา และรวมถึงการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาเป็นไปได้ไปโดยความยากลำบากหรือสร้างภาระเกินสมควรแก่ฝ่ายเอกชนคู่สัญญา ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับ

การปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว ดังนั้นเพื่อให้สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายมหาชนและการยึดถือหลักการ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อย่างเคร่งครัดอาจทำให้ประโยชน์สาธารณะเสียหายได้ ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามสัญญาทางปกครองที่ได้ตกลงผูกพันกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และกระทำการเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียหาย ความขัดแย้งระหว่างหลักการสองประการนี้ควรได้รับการปรับให้อยู่ในระดับที่เกิดความสมดุลย์ และเพื่อความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองดังนี้

#### 4.2.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครองหรือการเปลี่ยนแปลง กฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง โดยไม่มีกฎหมายให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการชดเชยความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีเพียงกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 กำหนดวิธีการชดเชยความเสียหายกรณีเพิกถอนการให้สัมปทานก่อนครบกำหนดเวลาโดยไม่ให้ค่าชดเชยในส่วนที่เป็นกำไรที่คาดว่าจะได้รับตามสมควรหรือกรณีฝ่ายปกครองสั่งให้เพิ่มงานที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเนื่องสภาพของพื้นที่ไม่อาจคาดหมายได้หรือการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญาที่ให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง ผลจากการศึกษาพบว่า การแก้ไขปัญหาค่าเสียหายเมื่อเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้และกรณีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามระบบกฎหมายของในต่างประเทศ ดังนี้

1) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยว่า ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้นจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ

ก. เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ได้แก่เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าเกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ตามมาคือ การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปไม่ได้ อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์เช่นนี้อาจได้แก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหว หรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ เป็นต้น เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายมหาชนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เรียกว่า เหตุสุดวิสัย เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยมีผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญา



ข. เหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) ได้แก่การกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎระเบียบใหม่ เพื่อบังคับแก่คู่สัญญาเป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา

ค. เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ดังตัวอย่างเช่น การห้ามวัสดุบางอย่างเข้าประเทศ การลดค่าเงิน การขึ้นภาษี เป็นต้น

2) การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อเกิดเหตุมีอาจคาดหมายได้ตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยที่มาตรา 60 (1) VwVfG กำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่สำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ซึ่งการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองในกรณีนี้รวมถึงการชดใช้ค่าเสียหายหรือชดเชยความเสียหาย แต่มาตรา 60 (1) VwVfG นี้ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (Entschädigung) แต่ให้นำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่ 1 VwVfG มาใช้บังคับโดยอนุโลมหรือให้คู่สัญญาได้ตกลงเป็นเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายกันเอง หรือนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามมาตรา 14 และมาตรา 2 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

3) การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อเกิดเหตุมีอาจคาดหมายได้ตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ การเยียวยาในเรื่องสัญญาทางปกครองของอังกฤษจะมีกฎหมาย The Crown Proceeding Act 1947 ให้เอกชนฟ้องรัฐให้รับผิดชอบใน

มูลค่าสัญญาได้ศาลมีอำนาจพิพากษาแสดงถึงความมีอยู่ของสิทธิฝ่ายเอกชนหรือพิพากษาให้รัฐใช้ค่าเสียหาย แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้มีการชำระหนี้ได้เฉพาะเจาะจง หรือบังคับให้จ่ายเงินค่าเสียหายได้ เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเอกชนการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว แต่หน่วยงานของรัฐจะต้องได้ตกลงค่าชดเชยกันและตั้งงบประมาณเพื่อชดใช้ค่าเสียหายไปยังรัฐสภาเพื่ออนุมัติ

4) การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ตามระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) ดังนี้

ก. การชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) มี 2 กรณี

1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจทำการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยมิต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดค่าใช้จ่ายหรือระยะเวลาที่กำหนด หรืองานที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัย (Changes Clause) แล้วมิได้กำหนดถึงค่าชดเชยค่าเสียหายไว้ หากกำหนดแต่เพียงว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องทำการปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาอย่างเป็นธรรม (Equitable Adjustment) หากรัฐและผู้รับจ้างไม่สามารถบรรลุข้อตกลงสำหรับการเปลี่ยนแปลงราคาภายในระยะเวลาที่เหมาะสมแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะทำการตัดสินใจปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ หากผู้รับจ้างไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าวก็สามารถอุทธรณ์ได้ภายใต้ข้อกำหนด Disputes Clause หากผู้รับจ้างไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดสิทธิอุทธรณ์จะระงับไป การปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมดังกล่าวเป็นการนำหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า Quantum Meruit หรือ Quantum Valebat มาใช้ซึ่งหมายถึง การชดเชยเท่าที่สมควรจะได้รับ (As much as deserved) ในจำนวนที่เหมาะสมกับบริการที่ได้ดำเนินการไป หรือหมายถึงจำนวนมูลค่าสูงสุดที่เคยมี (As much as they were worth) การปรับเปลี่ยนราคาอย่างเป็นธรรมดังกล่าวจึงไม่รวมถึงส่วนที่เป็นกำไรอันคาดหมายว่าจะได้รับ (Anticipatory Profit) แต่อย่างไรก็ตาม

2) กรณีการยกเลิกสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐ (Termination for Convenience Clause) โดยผู้รับจ้างต้องจัดทำข้อเรียกร้องสำหรับจำนวนค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการยกเลิกสัญญาในรูปของ Settlement Proposal ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งผู้รับจ้างต้องได้รับค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม สำหรับงานที่ได้ดำเนินการไปแล้วรวมทั้งสิ่งที่ได้จัดเตรียมไปแล้วสำหรับงานที่ถูกยกเลิกและกำไรตามสมควร (Reasonable allowance for profit) ตัวอย่างเช่น ค่าจัดการทำบัญชี ค่าที่ปรึกษากฎหมาย และค่าใช้จ่ายอื่นที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการ

จัดเตรียม Settlement และข้อมูลประกอบค่าใช้จ่ายในการยกเลิกสัญญาช่วง ค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บสินค้า การเดินทางรวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นๆที่จำเป็นและเกิดขึ้นในการเก็บรักษา ป้องกัน หรือกำจัดสินค้าหรือบริการที่ได้ถูกยกเลิกสัญญาเป็นต้น รัฐและผู้รับจ้างจะระงับข้อพิพาทการยกเลิกสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐ (Termination for Convenience Clause) โดยตกลงเจรจาเกี่ยวกับจำนวนเงินที่รัฐจะชำระโดยไม่ต้องมีการพิจารณาถึงค่าใช้จ่ายหรือกำไรอื่นใดอีกก็ได้ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอย่างไรคือการทดแทนอย่างเป็นธรรม (Fair Compensation) ทั้งนี้เพราะกรณีดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องอาศัยการพิจารณาตัดสินเป็นกรณีๆไป และไม่อาจกำหนดได้อย่างชัดเจนแน่นอน ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถนำวิธีการต่างๆ ที่เหมาะสมมาใช้เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ซึ่งหลักสำคัญประการหนึ่งที่เป็นหัวใจของการระงับข้อพิพาทคือ การนำหลักการตัดสินใจในเชิงธุรกิจมาใช้ซึ่งจะแตกต่างจากการใช้หลักเกณฑ์ทางการบัญชีที่เข้มงวด

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจพิจารณาให้กำไรแก่ผู้รับจ้างสำหรับสิ่งที่ผู้รับจ้างได้จัดเตรียมดำเนินการไปแล้วหรือได้กระทำเสร็จสิ้นไปแล้ว (Profit on preparation made and done) ก็ได้แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท (Settlement Expenses) ตลอดจนผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับหรือค่าเสียหายที่ไกลเกินเหตุ (Anticipated profits and consequential damages)

ข. สัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) การจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะไม่มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด แต่มีกรณีที่รัฐต้องชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับใบอนุญาต ดังนี้

1) กรณีผู้รับใบอนุญาตได้เริ่มดำเนินการแล้วไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด คณะกรรมการควบคุมอาจร้องให้อัยการดำเนินการกระบวนการทางศาลเพื่อเพิกถอนใบอนุญาตหรือขายโครงการและดำเนินการเพื่อบรรเทาความเสียหายอย่างเป็นธรรม (Equitable Relief) หากศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตและขายโครงการทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเลิกโครงการ และจัดสรรเงินที่ได้รับจากโครงการให้แก่ผู้มีสิทธิ ผู้ซื้อโครงการต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตที่ยังค้างอยู่ สหรัฐอาจเป็นผู้ซื้อก็ได้แต่ต้องไม่จ่ายเงินให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในจำนวนที่มากกว่าที่ต้องจ่ายในกรณีที่มีการยกเลิกใบอนุญาต

2) กรณีที่รัฐเข้าครอบครองและดำเนินโครงการของผู้รับใบอนุญาต (Take Over) จะกระทำได้ในกรณีที่มีการสงวนสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนโดยดำเนินการโอนทรัพย์สินของผู้รับใบอนุญาตมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนอย่าง

เป็นธรรมได้แก่เงินลงทุนสุทธิในโครงการที่เข้าครอบครอง แต่ไม่เกินราคาที่เป็นธรรมของทรัพย์สินที่เข้าครอบครอง รวมทั้งค่าเสียหายที่เหมาะสมที่เกิดขึ้นในส่วนที่สหรัฐมิได้เข้าครอบครองที่มีค่าเป็นประโยชน์และจำเป็นดังกล่าว

3) กรณีรัฐใช้โครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวเพื่อความปลอดภัยของประเทศซึ่ง Federal Power Act มาตรา 16 ให้อำนาจประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาในการออกคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงผู้ถือใบอนุญาตเพื่อให้สหรัฐมีสิทธิจะเข้าครอบครองโครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวและต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just and fair compensation) บนหลักการกำไรที่พอสมควร (Reasonable Profit) ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมให้อยู่ในสภาพเดียวกับก่อนที่จะเข้าครอบครอง หักด้วยมูลค่าที่พอสมควร (The reasonable value) ของการปรับปรุงใดๆ (Improvement) ที่สหรัฐอาจทำขึ้นซึ่งมีค่าและเป็นประโยชน์ต่อผู้รับใบอนุญาต

ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวในแต่ละประเทศตามที่กล่าวข้างต้นมีหลักการที่เหมือนกันคือการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง หรือการเปลี่ยนแปลง กฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำได้เพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการชดเชยความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยว่า เหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) มีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น อันเนื่องมาจากการกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญาซึ่งรวมถึง ค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ด้วย ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายและเห็นว่าเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองไทย สมควรนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป

#### 4.2.2 ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย

การนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้บังคับกับคดีในแต่ละประเทศนำไปในลักษณะหรือความหมายที่อาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกัน ได้แก่ใช้ในลักษณะความหมายอย่างกว้างหมายความว่า หากเกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้โดยต่างฝ่ายต่างไม่ต้องชำระหนี้ กล่าวคือเมื่อมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปไปกระทบต่อสัญญาแล้วคู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ และความหมายอย่างแคบ หมายความว่า หลักการชำระหนี้ที่เป็นไปอย่างยากลำบากหรือก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญา ทำให้เกิด

ความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ (Hardship)<sup>16</sup> เมื่อเกิดเหตุมีอาจคาดหมายได้ทำให้ข้อเท็จจริง หรือพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไปอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองทำให้การชำระหนี้ต่อไปเป็นภาระเกินสมควร ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า “มิใช่เหตุสุดวิสัยที่จะทำให้การชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัยที่จะมีผลให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้หรือต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปตามมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย” ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อศาลปกครองจะวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองย่อมต้องอาศัยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นหลักในการวินิจฉัยและหลักกฎหมายเรื่องอันมีอาจคาดหมายได้ที่มีผลทำให้การปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาเป็นไปโดยความยากลำบากหรือสร้างภาระเกินสมควรแก่ฝ่ายเอกชนคู่สัญญา ซึ่งมีเหตุพ้นวิสัยโดยที่มิใช่ความผิดของฝ่ายใดอันมีผลจะทำให้ฝ่ายเอกชนคู่สัญญาพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาและไม่มีสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ตอบแทนตามมาตรา 219 ประกอบมาตรา 372 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2521, 2829/2522, 2934/2522, 2653/2526 และ 2046/2531 วางหลักไว้ว่า การที่วัตถุที่ใช้ในการผลิตหรือสินค้าหาได้ยาก รวมทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น เป็นกรณีที่การชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระมากขึ้น โดยไม่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้อย่างสิ้นเชิง ลูกหนี้ไม่สามารถอ้างได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่ค่าของเงินลดลงเป็นเพียงเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระหนักขึ้นเท่านั้น ไม่ได้ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้จึงไม่สามารถอ้างเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้และต้องปฏิบัติตามข้อตกลงต่อไป ทั้งไม่มีสิทธิได้รับการชดเชยความเสียหายจากการที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวในแต่ละประเทศตามที่กล่าวไว้ในปัญหาข้อ 4.2.1 มีหลักการที่เหมือนกัน แต่ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใด

<sup>16</sup> อมราลักษณ์ รักรัวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 9.

ฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) ส่วนค่าทดแทนในกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวน อย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ศาลจะคำนวณค่าทดแทนให้ตั้งแต่ วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญา และจะให้ค่าทดแทนการขาดทุน ในส่วนที่เกิดจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (Prix-limite) โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายปกครองต้องชดใช้ประมาณ 90 - 95% เพื่อให้เอกชนคู่สัญญารับภาระขาดทุนเล็กน้อย” และเห็นว่าเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองไทย โดยนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป

#### 4.2.3 ปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

กรณีเมื่อเกิดเหตุมีอาจคาดหมายได้กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่มาใช้บังคับภายหลังทำให้มีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองศาลปกครองจะไม่เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดค่าบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปซึ่งจะเป็นภาระที่หนักเกินสมควรและเกิดความเสียหายจนฝ่ายเอกชนคู่สัญญาต้องฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาและส่งผลให้มีคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยไม่จำเป็น

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการแก้ไขปัญหาคกรณีเกิดเหตุมีอาจคาดหมายได้ ซึ่งกรณีที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายหลังที่ได้ทำสัญญาทางปกครองไปแล้ว ก็เป็นเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้เช่นกัน โดยแต่ละประเทศตามกล่าวไว้ในปัญหาข้อ 4.2.1 มีหลักการที่เหมือนกัน แต่ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนด หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ว่า “ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (1) ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของ

รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ (2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ตราบนามบัตรที่บ่งบุนิติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรจะมีการระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วย” เป็นหลักกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอน

ซึ่งกรณีที่มีความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นรวมทั้งข้อเท็จจริงและกฎหมายด้วย ดังนั้นเมื่อข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองทำให้การชำระหนี้ต่อไปเป็นการเกินสมควรคู่สัญญามีสิทธิแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ หากให้สิทธิเอกชนคู่สัญญาขอให้แก้ไขหรือเลิกสัญญาย่อมจะส่งผลดีต่อการจัดทําบริการสาธารณะ ดังเช่นกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1976 มาตรา 60 ซึ่งบัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้น โดยนำหลักการของมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องนี้

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

การบริการสาธารณะในฐานะที่มาของสัญญาทางปกครองสัญญาทางปกครอง ถือเป็นหัวใจของการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะแม้โดยหลักการรัฐมีอำนาจหรือสิทธิที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจเช่นว่านั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลและการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของรัฐด้วย โดยรัฐจะต้องเคารพและยึดหลักกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของรัฐกับเอกชนยอมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง สัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดีในกรณีที่สถานการณ์ทางสังคมหรือเศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวนี้ด้วยเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยตลอด เพื่อให้มีบริการสาธารณะเกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริงและความต้องการของประชาชน ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ แม้จะไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาหรือไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

แนวคิดและหลักทฤษฎีของมูลเหตุในสัญญาและพฤติการณ์ที่จะเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญามีแนวคิดที่เกี่ยวข้อง 2 หลักใหญ่ๆ คือหลักเรื่อง *Pacta Sunt Servanda* หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา และหลักเรื่อง *Clausula rebus sic stantibus* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาลง เนื่องจากแนวคิด “สัญญาต้องเป็นสัญญา” เห็นว่าเมื่อผู้ใดมาตกลงทำสัญญาต่อกันบุคคลนั้นจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดทุกประการหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา *Sanctity of Contract* จากแนวคิดนี้เจตนา



ของคู่สัญญาจึงถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกัน อันนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาหลัก *Clausula rebus sic stantibus* ซึ่งมีหลักว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง” แต่หากสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริตในทางแพ่งซึ่งคู่สัญญาต้องซื่อสัตย์ต่อกันและคาดหวังว่าจะได้รับการปฏิบัติอย่างที่คาดหมาย คู่สัญญาที่ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว อาจจะปฏิเสธที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัยหลักสุจริต (Good Faith) การตกลงทำสัญญากันเจตนาของทั้งผู้เสนอและผู้สนองย่อมเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น และในการตกลงของคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาต่อกัน คู่สัญญาย่อมพิจารณาจากสถานการณ์ต่างๆ ที่เป็นอยู่ขณะทำการตกลงกัน และสถานการณ์ที่ควรจะเป็นในอนาคต เพื่อเป็นตัวประกอบในการตัดสินใจเข้าทำการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกัน ซึ่งหากเหตุการณ์ในอนาคตเป็นไปตามที่คู่สัญญาต่างคาดหวัง สัญญาก็จะดำเนินต่อไปตามข้อตกลงที่ทำกันไว้แต่เดิม แต่หากเหตุการณ์ในอนาคตที่เกิดขึ้นได้แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาคาดหวังไว้เป็นอย่างมาก หรือเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดคิดได้ว่าจะเกิดขึ้นและเหตุการณ์นั้นกระทบต่อมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาเป็นอย่างมาก ก็อาจจะส่งผลกระทบต่อตัวสัญญาได้ เพราะบางกรณีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอาจส่งผลกระทบให้การชำระหนี้ของคู่สัญญากลายเป็นพันธกิจที่จะกระทำไม่ได้ ซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่บางกรณีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอาจไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสัญญาถึงขนาดทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธกิจ แต่มีผลกระทบต่อมูลเหตุในสัญญาที่คู่สัญญาได้อาศัยในการพิจารณาเพื่อตกลงเข้าทำสัญญาต่อกัน เป็นเหตุให้มีการเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งมูลเหตุในสัญญา กล่าวคือในการชำระหนี้ ลูกหนี้ยังเป็นผู้ที่สามารถที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ได้อยู่ คือยังอยู่ในพันธกิจที่จะสามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ แต่การชำระหนี้จะกลายเป็นอันไร้ประโยชน์ต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย หรืออาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหรือความเสียหายที่ไม่ได้คาดคิดมาก่อนเป็นอย่างมาก ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าว มีผลทำให้สัญญาเปลี่ยนแปลงไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า หลัก *Pacta sunt servanda* ถูกยกเว้น โดยหลัก *Clausula rebus sic stantibus* นั้นเองโดยผลทางกฎหมายของหลัก *Clausula rebus sic stantibus* คือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือยกเลิกสัญญาในสัญญา หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับด้วยเหตุผลของหลักสุจริตและได้มีการนำมาใช้โดยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองของหลายประเทศ

สำหรับกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองใช้บังคับเป็นการเฉพาะแตกต่างหากจากระบบกฎหมายเอกชน เช่น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องหลัก *Clausula rebus sic stantibus* แต่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่าเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่าย

ปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) ได้แก่ การกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎระเบียบใหม่ เพื่อบังคับแก่คู่สัญญาเป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายโดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญาซึ่งรวมถึงกำไรที่จะได้รับตามสมควร หากเป็นเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญา อาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) เช่น การห้ามวัสดุบางอย่างเข้าประเทศ การลดค่าเงิน การขึ้นภาษี เป็นต้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่เต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากฝ่ายปกครองคู่สัญญาและให้คู่สัญญาต้องดำเนินการต่อไปเพื่อแก้ไขปัญหาซึ่งมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยการให้รัฐเข้าไปช่วยเหลือทุกวิถีทางให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการได้ต่อไป แม้วิธีการดังกล่าวจะไม่อยู่ในสัญญาที่เอกชนทำไว้กับรัฐก็ตาม หรือหากกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายมาขอให้ศาลเลิกสัญญาได้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 VwVfG ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยมาตรา 60 ซึ่งเป็นกรบัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดแจ้งถึงเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (Entschädigung) ในทางวิชาการมีความเห็นว่าคู่สัญญาเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) VwVfG มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้ หรือเพื่อให้ไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาใน

แต่ละกรณีๆไป มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 นี้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเอาไว้ ดังนั้นการจ่ายค่าทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหาย จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาใช้บังคับ

สำหรับกลุ่มประเทศที่ไม่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองใช้บังคับ โดยเฉพาะเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ จะมีหลักกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญาดังกล่าวมาแล้ว ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญามีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หากประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเต็มจำนวน หรือกรณีศาลอังกฤษจึงได้สร้างหลัก Frustration ขึ้นเพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา โดยมีหลักว่า “เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติการนั้นได้ต่อไปหรือทำให้การกระทำเพื่อการปฏิบัติ การชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปกลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์อย่างมาก ส่งผลให้สัญญาลิ้นผลและคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ส่วนสัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกาสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) การจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (The Federal Acquisition Regulation) เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจทำการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยมิต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง โดยอาศัย (Changes Clause) แล้วชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนแก่ฝ่ายเอกชนตามราคาตามสัญญาอย่างเป็นธรรม (Equitable Adjustment) ซึ่งหมายถึงการชดเชยเท่าที่สมควรจะได้รับ (As much as deserved) ในจำนวนที่เหมาะสมกับบริการที่ได้ดำเนินการไป หรือหมายถึงจำนวนมูลค่าสูงสุดที่เคยมี (As much as they were worth) สำหรับการยกเลิกสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐ (Termination for Convenience Clause) หรือได้รับค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม สำหรับงานที่ได้ดำเนินการไปแล้วรวมทั้งสิ่งที่ได้จัดเตรียมไปแล้วและกำไรตามสมควร (Reasonable allowance for profit) และสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะการจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะไม่มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

ในระบบกฎหมายไทยแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสค่อนข้างมาก ในส่วนของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองกรณีที่มี พหุติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญานั้น ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่องดังกล่าว จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย ที่เกิดจากกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ดังนี้

- 1) ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยไม่กำหนดให้เอกชนคู่สัญญาได้รับค่าชดเชยกรณีที่เกิดความเสียหาย
- 2) ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัยทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปและโดยไม่กำหนดให้เอกชนคู่สัญญาได้รับค่าชดเชย กรณีที่เกิดความเสียหาย
- 3) ปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ศาลปกครองไม่มีอำนาจแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับภายหลัง

หากได้มีการกำหนดถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในข้อสัญญา ศาลก็จะยอมรับเอกสิทธิ์ดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งรูปแบบโดยทั่วไปของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนจะมีข้อกำหนดซึ่งให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองกำหนดไว้และศาลก็จะวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากข้อตกลงในสัญญา โดยศาลปกครองของไทยยอมรับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ แม้ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในสัญญาอันเป็นอำนาจฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในสัญญาเองก็กำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีที่มีพหุติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังทำสัญญาซึ่งคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ และทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระหนักเกินควรแก่การคาดหมายอันส่งผล กระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญานั้นสิทธิเรียกร้องฝ่ายเอกชนในกรณีนี้ของระบบกฎหมายไทยไม่ได้ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำคดีมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาดังกล่าวและศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจที่จะพิพากษาให้ตามคำขอของฝ่ายเอกชนได้ เนื่องจากศาลไม่อาจออกคำสั่งบังคับที่นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาได้ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากจะต้องรับภาระที่หนักเกินสมควรที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปและในบางกรณีย่อมกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองไม่ได้ยอมรับหลัก *Clausula rebus sic stantibus* โดยไม่มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา แต่ยอมรับบังคับให้ตามสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว โดยอาจเยียวยาความเสียหายให้ฝ่ายเอกชนเป็นตัวเงินอันเป็นไปในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ส่วนในกรณีฝ่ายเอกชนต้อง

รับภาระในการปฏิบัติตามสัญญา ศาลปฏิเสธที่จะตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดในสัญญา โดยเหตุผลที่ว่าศาลไม่มีอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนผลของข้อกำหนดตามสัญญาเดิมนั้นยังไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลว่าข้อกำหนดนั้นมีผลอย่างไรเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาในระบบกฎหมายไทย ศาลปกครองจะไม่ออกคำสั่งให้มีการแก้ไขข้อตกลงในสัญญาโดยตรงตามคำขอของกลุ่มสัญญา แต่จะมีคำสั่งให้มีการชดใช้เงินกระทำการ หรือควั่นกระทำการเท่านั้น

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

การปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายไทยซึ่งในปัจจุบันหลักกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทยยังมิได้มีรากฐานที่มั่นคงที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาระงับไว้โดยตรงทั้งศาลปกครองไทยได้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวแตกต่างกันออกไปในหลายแนวทาง การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้ศาลปกครองวางแนวคำวินิจฉัยเป็นรายคดีจะทำให้การพัฒนาหลักกฎหมายเป็นไปอย่างเชื่องช้า สำหรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ใช้สำหรับแก้ไขปัญหาระงับไว้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศได้รับการพัฒนาจนเป็นระบบมากแล้ว ระบบกฎหมายปกครองของต่างประเทศแต่ละประเทศได้มีวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยวิธีที่แตกต่างกันจึงควรมีการศึกษาวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ประกอบกับระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมายที่นำหลักกฎหมายมาบัญญัติเป็นกฎหมายที่ออกโดยผ่านรัฐสภาที่จะทำให้ประชาชนทั่วได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนและกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครอง

### 5.2.1 การแก้ไขปัญหาระงับที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

การแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง หรือการเปลี่ยนแปลง กฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งทางแนววิธีการแก้ไขปัญหาระงับของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ได้วางแนวคำวินิจฉัยว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชน กลุ่มสัญญา หากเกิดเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองกลุ่มสัญญา (Fait du prince) ได้แก่ การกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองกลุ่มสัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎ ระเบียบใหม่ ทำให้เอกชนกลุ่มสัญญาได้รับความเสียหาย หรือทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนกลุ่มสัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองกลุ่มสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ

เยอรมนีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 VwVfG กำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่สำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองในกรณีนี้รวมถึงการชดใช้ค่าเสียหายหรือชดเชยความเสียหาย แต่มาตรา 60 VwVfG นี้ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (Entschädigung)

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 VwVfG ที่กำหนดว่าในกรณีที่สำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้และนำวิธีการชดใช้ค่าเสียหายตามวิธีการของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้วางแนวคำวินิจฉัยให้สิทธิเอกชนคู่สัญญาเรียกชดใช้ค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญามาบัญญัติเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป

#### 5.2.2 การแก้ไขปัญหที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย

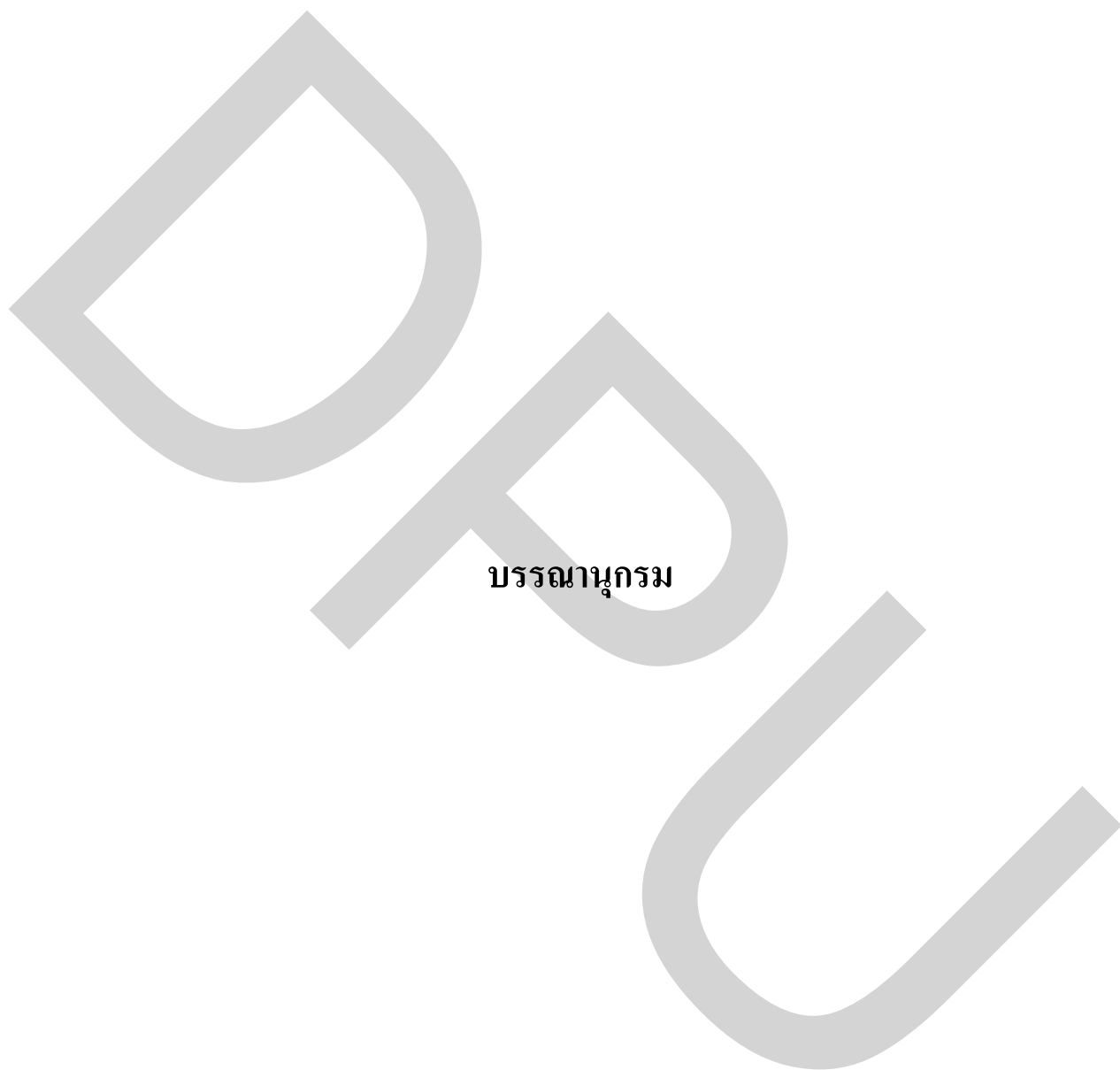
ระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 VwVfG กำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่สำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 VwVfG และนำวิธีการชดเชยค่าเสียหายตามวิธีการของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้วางแนวคำวินิจฉัยที่ว่าค่าทดแทนในกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ นี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป

### 5.2.3 การแก้ไขปัญหที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลง

กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่มาใช้บังคับภายหลังทำให้มีผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 VwVfG กำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่สำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ ซึ่งกรณีการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวได้รวมถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 60 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 60 (VwVfG) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หากการแก้ไขไม่เป็นประโยชน์หรือไม่สมเหตุสมผลโดยนำหลักการของมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องนี้



**บรรณานุกรม**



## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- \_\_\_\_\_. (2546). *กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- กรมอัยการ. (2532). *คำวินิจฉัยกรมอัยการข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่ม 1 พ.ศ. 2500-2515*. กรุงเทพฯ: ส่วนท้องถิ่น.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2550). *ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และคณะ. (2549). *วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ (รายงานการวิจัย)*. เสนอสำนักงานศาลปกครอง
- จิต เศรษฐบุตร. (2548). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้*. แก้ไขเพิ่มเติม โดย ดาราพร ธีระวัฒน์ (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ติงสภักดิ์. (2526). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452*. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- \_\_\_\_\_. (2551). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). *สัญญาทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (2547). *สัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (รายงานการวิจัย)*. เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2536). *กฎหมายมหาชน 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. (ม.ป.ป.). *คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (รายงานการวิจัย)*. เสนอสถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง.

บุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

มานิตย์ วงศ์เสรี. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

มานิตย์ วงศ์เสรี และวรเจตน์ ภาคีรัตน์. *สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน หัวข้อที่ 2 หลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครอง (รายงานการวิจัย)*. เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

สมยศ เชื้อไทย. (2550). *คำอธิบายวิชา กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 11)*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

เสนีย์ ปราโมช. (2505). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2)*. กรุงเทพฯ: อักษรสาสน์.

\_\_\_\_\_. (2505). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์)*. กรุงเทพฯ: อักษรสาสน์.

### บทความ

กมลชัย รัตนสกววงศ์ ก (2541, ธันวาคม). “การพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 17 (3).

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2533, เมษายน). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 9 (1).

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537, สิงหาคม) “ศาลปกครองกฎหมายปกครองและตัวอย่างสัญญาทางด่วน.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 13 (2).

- \_\_\_\_\_. (2540). “แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง.” *รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล*.
- บุบผา อัครพิมาน. (2554). “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1. กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ*.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. “การเปลี่ยนแปลงและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsver) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.” *วารสารกฎหมายปกครอง, 18 (2)*.
- พินัย ณ นคร. (2545, มีนาคม). “หลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไป: ผลกระทบจากวิกฤตทางเศรษฐกิจ.” *วารสารนิติศาสตร์, 32 (1)*.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2542, เมษายน). “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดย M. Philippe Turguet de Beauregard.” *วารสารกฎหมายปกครอง, 18 (1)*.

#### วิทยานิพนธ์

- ชาคินี สกุลเบิกไพร. (2540). *ระบบอัตราแลกเปลี่ยนเงินตามต่างประเทศกับผลกระทบที่มีต่อการชำระหนี้ตามคำพิพากษา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บวรวิทย์ เปรื่องวงศ์. (2551). *การตีความและปรับข้อกำหนดเพื่อความเป็นธรรมในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทาน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปารวี พิสิฐเสนากุล. (2553). *หลัก Clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รัตนา เล็กสมบูรณ์ไชย. (2536). *สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อนงค์ สมบุญเจริญ. (2549). *ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลแห่งในสัญญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อมราตักษณ์ รักษ์วงศ์. (2549). *การนำหลัก Hardship มาใช้ในกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

## สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

Aziz T Saliba, "Rebus sic stantibus: A Comparative Survey," E Law – Murdoch University

Journal of law, Vol 8, No3. สืบค้นเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2554, จาก

[http://murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83\\_test.html](http://murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_test.html)

A.H. Puelinckx. (n.d.). Frustration, hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der

Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. Retrieved February 3,

2011, from [http://tldb.uni-koein.de/php/pub\\_document\\_hp?pubdocid=1281qq](http://tldb.uni-koein.de/php/pub_document_hp?pubdocid=1281qq)

Jaspal Singh. (n.d.) Termination of contract on the grounds of frustration. Retrieved August 25,

2011, from <http://law.anu.edu.au/colin/lectures/frst.htm>.

Mike Semple and Piggot, (n.d.). Contract: Discharge by Frustration. Retrieved February 3, 2011,

from [http://google.co.th/url?sa=u&start=12&q=http://spr-](http://google.co.th/url?sa=u&start=12&q=http://sprnsili.com/art083.htm&e=10401)

[nsili.com/art083.htm&e=10401](http://sprnsili.com/art083.htm&e=10401)

Mike Semple and Piggot. (n.d.). Contract: Discharge by Frustration. Retrieved August 25, 2011,

from [http://google.co.th/url?sa=u&start=12&q=http://spr-](http://google.co.th/url?sa=u&start=12&q=http://sprnsili.com/art083.htm&e=10401)

[nsili.com/art083.htm&e=10401](http://sprnsili.com/art083.htm&e=10401)

## กฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

## เอกสารอื่นๆ

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2549). ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้เนื่องจากเหตุการณ์อันเป็นรากฐานแห่ง  
มูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (*Supervening  
Events*) (รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร) เสนอต่อคณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). หลักสูตรคดีคือหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (*Treu and Glauben*).  
อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพรองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธ์.

มานิตย์ วงศ์เสรี และวรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (ม.ป.ป.). *สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี หัวข้อที่ 2 หลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครอง*. เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

## ภาษาต่างประเทศ

### BOOKS

Treitel G.H. (1999). *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell.

Treitel G. H.. (1994). *Frustration and Force Majeure*. London: Sweet & Maxwell.

Werner F Ebke and Bettina M Steinhaur. (1997). *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law: in Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon.

Zimmerman Reinhard. (1992). *The law of Obligation Roman foundation of the Civil Tradition*. Cape Town: Juta & Co, Ltd.,

### ARTICLES

Peter Hay. (Autumn 1961). "Frustration and its Solution in German Law." *The American Journal of Comparative Law*, 10,

Rainer Geiger. (1974, January) "The Unilateral Change of Economic Development Agreement." *The International and Comparative Law Quarterly*, 23.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน

นายเพชร จันทร์แทน

ปี พ.ศ.2540 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ปี พ.ศ.2544 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 51

นิติกรชำนาญการพิเศษ สำนักงานนิติการ

สำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงศึกษาธิการ