

บทที่ 2

แนวคิดและที่มาของสัญญาทางปกครองและการปฏิบัติตามสัญญา และการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองที่ถูกนำมาใช้ในการจัดตั้งบริการสาธารณะเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ¹ นอกจากแนวคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะจะเข้าไปสอดแทรกในเรื่องสัญญาทางปกครองแล้ว ยังพบว่าแนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะยังเข้าไปสอดแทรก และเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครอง เช่น ในทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทฤษฎีว่าด้วยงานโยธาสาธารณะ ทฤษฎีว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง² เป็นต้น ดังนั้นการศึกษาสัญญาทางปกครองจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะด้วย

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 กรณีที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ที่เป็นพันธิสัยและกรณีที่ทำให้การชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระหนักเกินควร (Hardship) ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หลักการชำระหนี้จะเป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ยากในทางการค้า (Commercial Impracticability) ศาลสามารถ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก (2553). *สัญญาทางปกครอง*. หน้า 25.

² นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. หน้า 19.

แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของเยอรมัน ระบบกฎหมายของอิตาลีนั้น ในสัญญาที่มีความผูกพันให้มีการชำระหนี้ต่อเนื่อง หรือเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือมีการชำระหนี้ที่ไม่ได้เกิดขึ้นในทันทีทันใด หากมีพฤติการณ์พิเศษที่มีอาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจนเป็นผลให้การชำระหนี้เป็นการยากลำบากหรือเป็นภาระอย่างมาก คู่กรณีที่มีหน้าที่รับภาระมากเกินไปนั้น จะต้องชำระหนี้อาจขอลดเลิกสัญญาได้ หรือในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในทางแพ่งไม่ยอมรับหลักเหล่านี้เลย (เคร่งครัดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาของเอกชนเป็นสำคัญ) เหตุที่ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นความรับผิดชอบได้มีเฉพาะเกิดจากเหตุสุดวิสัยเท่านั้น³

2.1 แนวคิดและที่มาของสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ การแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนับได้ว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากสัญญาทางปกครองจะใช้กฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจแห่งการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญาและอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม⁴ การพิจารณาแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทยจึงเริ่มให้ความสำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนับตั้งแต่สิบห้าปีที่ผ่านมามีการศึกษากฎหมายปกครองจากประเทศภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อมาปรับใช้กับกฎหมายไทย⁵ ทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะในฐานะที่มาของสัญญาทางปกครองเริ่มปรากฏขึ้นตั้งแต่มนุษย์รวมกลุ่มกันเป็นสังคมและได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1789 คำว่า “บริการสาธารณะ” เริ่มปรากฏขึ้น โดยในตอนต้นหมายถึงกิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกประเภท ต่อมาได้มีการวางกรอบของความหมายใหม่ซึ่งหมายถึงเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (Interest General) หรือสิ่งที่รัฐจะทำให้แก่

³ อมรลัดถ์ รัชชวงศ์. (2549). *การนำหลัก Hardship มาใช้ในกฎหมายไทย*. หน้า 9-10.

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

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

ประชาชนเป็นการตอบแทนการเสียภาษีอากรของประชาชนวิวัฒนาการทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะแท้จริงเกิดขึ้นจากการสร้างหลักเกณฑ์และการอธิบายเหตุผลจากการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยองค์กรผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้แก่ คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและความเห็นของศาลคดีขัดกัน ซึ่งถือเป็นที่มาสำคัญของหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยเฉพาะทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ⁶

แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะเป็นแนวความคิดทางปรัชญาที่ถือเป็นพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยศาสตราจารย์ ริเวโร ได้อธิบายไว้ว่า⁷ การที่มนุษย์รวมตัวเป็นสังคมก็เพื่อให้สังคมนั้นตอบสนองต่อความต้องการในสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของตนในส่วนที่การดำเนินการของเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะข้อจำกัดของเอกชนหรือเพราะกิจการเหล่านั้นไม่อาจให้ผลตอบแทนที่ได้สัดส่วนกับการลงทุนของเอกชน การลงทุนในกิจการดังกล่าวจึงไม่เป็นที่สนใจของนักลงทุนเอกชน ดังนั้นการตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของเอกชนเหล่านี้จึงตกภาระหน้าที่ของรัฐและความต้องการพื้นฐานเหล่านี้คือขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนหลายท่าน พยายามจะให้คำนิยามรวมทั้งความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” โดยปรากฏอยู่ในงานเขียนบทความและตำราวิชาการต่างๆ ศาสตราจารย์ Léon Duguit ผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ มีความเห็นว่าบริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ⁸ บริการสาธารณะเป็นเสมือนรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ บริการสาธารณะจึงถือเป็นการรับรองความมีอยู่ของรัฐและเป็นระบบการผลิตงานในรัฐโดยบริการสาธารณะ คือ กิจกรรมทุกกิจกรรม ซึ่งหากจะกระทำหรือดำเนินการหรือกระบวนการต่างๆ ให้เป็นผลสำเร็จจะต้องได้รับการจัดการหรือควบคุมโดยฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะการจัดทำกิจกรรมต่างๆเหล่านี้เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาสังคม⁹ โดยให้ความหมายของบริการสาธารณะว่าบริการสาธารณะ หมายถึงกิจการทุกประการที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อทำให้บรรลุผลสำเร็จ เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพไม่อาจทำสำเร็จได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง¹⁰

⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 19-23.

⁷ บุนผา อัครพิมาน ก (2545). *สัญญาทางปกครอง: แนวความคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. หน้า 7.

⁸ แหล่งเดิม. หน้า 32.

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 24.

¹⁰ 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 มีความเห็นว่า¹¹ 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 ได้แก่¹² (1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนซึ่งหมายถึง กรณีนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครอง

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 32-33.

¹² แหล่งเดิม.

ส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการและยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย (2) กิจกรรมดังกล่าวจะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

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

สัญญาะหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเปรียบเทียบกับความคิดในเรื่องคำสั่งทางปกครองว่าคำสั่งทางปกครองเป็นที่รู้จักกันเมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมา โดยการนำเสนอของ Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นผู้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ไว้ และหลังจากนั้นหลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและได้รับการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นระยะเวลาาน Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองในปี ค.ศ. 1884 และปี ค.ศ. 1886 ว่าในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่าย

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 27.

ปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครองด้วย แต่ Otto Mayer ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยเห็นว่า สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนไม่มีทางเกิดขึ้นได้ เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น รัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายมหาชนเอง 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. 1976¹⁴

สำหรับเกณฑ์การพิจารณาบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือบริการสาธารณะดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ (l'objet des service) แหล่งที่มาของเงินทุน (l'origines des ressources) และมีการปฏิบัติงาน (Les modelites de fonctionnement) หากบริการสาธารณะใดมีความแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าด้านใดด้านหนึ่ง แต่เพียงด้านเดียวถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง¹⁵ ดังนั้นข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มี 3 ประการได้แก่¹⁶

1) วัตถุประสงค์แห่งบริการ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งบริการ คือการตอบสนองความต้องการของประชาชนหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีวัตถุประสงค์แห่งการบริการด้านเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการผลิตการจำหน่ายและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการดำเนินการอันเป็นการดำเนินการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชน

¹⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี ก (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี*. หน้า 1-3.

¹⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 62.

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 37.

2) แหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองแหล่งที่มาของเงินทุนหรือเงินอุดหนุนจากเงินทุนของรัฐในการดำเนินการหรือมาจากภาษีแห่งบริการนั้น ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แหล่งที่มาของเงินทุนมาจากค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมที่มีการเรียกเก็บจากผู้ใช้บริการเป็นการตอบแทนการบริการที่ได้รับ

3) วิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการนั้น บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองฝ่ายปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการที่สร้างขึ้นมาเป็นแบบแผนอย่างเดียวกันและมีระบบบังคับบัญชาซึ่งจะนำไปใช้กับผู้ปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการบริการนั้นทุกคน ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการนั้นด้วยตนเอง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมวิสาหกิจเอกชนจะสร้างวิธีปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการขึ้นเอง ทั้งนี้เพื่อความสะดวกรวดเร็วและเกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติงาน

แต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนด “อำนาจผูกขาด” ในการดำเนินการให้แก่องค์กรใดแต่เพียงผู้เดียวบริการนั้นย่อมเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนอกจากนี้ นักทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสหลายท่านเห็นว่าผู้ให้บริการสาธารณะทั้งสองประเภทมีสถานภาพที่แตกต่างกัน กล่าวคือผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ให้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎหรือข้อบังคับทั้งหมด ซึ่งรวมถึงตั้งแต่กำหนดองค์การจตุตถกรรมการและการปฏิบัติงาน การให้บริการสาธารณะประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข (Acte condition)¹⁷ ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการของบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน¹⁸

หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการที่เป็นแนวทางในการพิจารณาสถานภาพทั่วไปของบริการสาธารณะอันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนผู้ให้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ ดังนี้

1) หลักการว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนผู้ให้บริการสาธารณะเนื่องจากบริการสาธารณะมิได้เป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณะชนหรือประชาชนทุกคน หากกิจการใดเป็นกิจการที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นกิจการนั้น

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 38.

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

2) หลักการว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ศาสตราจารย์คูเกียร์¹⁹ ได้เสนอหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่ากิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะใดรัฐควรจะเข้าแทรกแซงหรือเข้าดำเนินการในลักษณะของบริการสาธารณะ โดยเห็นว่า “กิจการใดก็ตามหากถูกหยุดดำเนินการแม้เพียงชั่วคราวก็จะทำให้เกิดความวุ่นวายยุ่งเหยิงและก่อให้เกิดความไม่สงบสุขเกิดขึ้นในสังคม กิจการนั้นจะต้องได้รับการดำเนินการในรูปบริการสาธารณะ เช่น การนัดหยุดงานของพนักงานรถไฟเกิดขึ้นเมื่อเดือนตุลาคม ปี 1910 แม้จะเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาสั้นๆและเป็นเพียงการนัดหยุดงานบางส่วนแต่ก็แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ความวุ่นวายและความเดือดร้อนของผู้ใช้บริการขนส่งโดยทางรถไฟดังกล่าว การขนส่งทางรถไฟจึงเป็นบริการสาธารณะ” เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใดๆก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ บริการสาธารณะจึงต้องเป็นกิจการที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปอย่างต่อเนื่องอยู่เป็นประจำและสม่ำเสมอ ดังนั้นหากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก ผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่ต้องกรปกรองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระหรือเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะ ทำให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขข้อขัดข้องหรือความบกพร่องจากการหยุดชะงักของบริการสาธารณะ โดยให้บริการสาธารณะดำเนินไปตามปกติได้ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ (Theorie de l'imprévision) ฝ่ายปกครองจะต้องเข้ารับภาระร่วมกับเอกชนคู่สัญญา เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

¹⁹ บุปผา อัครพิมาน ก เล่มเดิม. หน้า 9.

3) หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ หมายความว่า การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และสนองตอบความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ดังนั้นการดำเนินการบริการสาธารณะจึงต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับเหตุการณ์ วิกฤตการณ์ของความต้องการส่วนรวมของประชาชน ดังนั้นเมื่อความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป ผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนด้วยหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอนี้มีลักษณะเป็นกฎหมายของบริการสาธารณะ จึงมีผลใช้บังคับกับบุคคลทุกคนที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ เอกชนผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองหรือเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ ดังนั้นการขัดขวางการเปลี่ยนแปลงหรือยุบเลิกบริการสาธารณะจึงกระทำไม่ได้²⁰

2.1.1 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

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

สัญญาทางปกครองในความหมายโดยทั่วไป หมายถึงสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐกับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งโดยทั่วไปสัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง

²⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 43-52.

²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 374.

²² ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 23.

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งได้แก่รัฐบาลกับอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่เอกชน และเมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้วย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ในเบื้องต้น เช่น รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อาจเข้าทำสัญญาในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรืออาจมอบหมายให้ข้าราชการระดับสูง เป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนได้ แต่ต้องมีการมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วย มิฉะนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชนอาจเป็นโมฆะได้ สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งที่ขัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง 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 แต่อย่างไรก็ตามสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทานบางสัญญาอาจไม่เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้²³

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีความหมายของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ในมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่า “สัญญาทางปกครองได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ ตามกฎหมายมหาชน”²⁴ เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นองค์กรฝ่ายปกครองอาจใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้ สัญญาทางปกครองเยอรมันจึงเป็นสัญญาที่มักเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ความผูกพันทางกฎหมายในรูปของสัญญาแทนการใช้คำสั่งทางปกครองหรือใช้สัญญาเป็นเครื่องมือเสริมให้การออกคำสั่งทางปกครองมีความยืดหยุ่นและบรรลุมิติประสงค์ทางปกครองได้มากขึ้น แต่การกระทำทางปกครองส่วนที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะหรือการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นมักเป็นสัญญาทางแพ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา ไม่ใช่สัญญาทางปกครองเหมือนดังเช่นที่ปรากฏในสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส²⁵

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

²³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม, หน้า 495.

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

²⁵ 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 ซึ่งลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาเช่าเครื่องรับโทรศัพท์อัตโนมัติในโรงพยาบาล เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องพิจารณาความมิอยู่ของบริการสาธารณะก่อนการพิจารณาสาระของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอาจมีทั้งการกำหนดวิธีการจัดทำบริการสาธารณะหรือการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ²⁶

ดังนั้นในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือเป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล สัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้นจะเป็นสัญญาทางปกครอง แม้สัญญานั้นจะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญา

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 328-330.

ตามกฎหมายเอกชนก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ²⁷ อธิบายสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (l'objet du contrat: l'exécution même du service public) โดยพิจารณาคำว่า “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” (Objet du contrat) คือหน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกัน เหมือนกับในสัญญาทางแพ่ง ข้อสังเกตต่อไปคือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย เช่น สัญญาเช่าอาคารเอกชนเพื่อตั้งที่ทำการไปรษณีย์ สัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง เป็นต้น แต่ถ้าหากสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาทุกสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมด อย่างไรก็ตามที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อความเกี่ยวข้องนั้นถึงขนาดที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือหน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะในตัวเอง แต่สัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ถึงกับเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงโดยสภาพจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง ถ้าไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมาก (La clause exorbitante de droit commun) ซึ่งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสสัญญาประเภทที่มีเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (l'objet du contrat) แยกออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้²⁸

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

²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2536). *กฎหมายมหาชน 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*. หน้า 84.

²⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 54-58.

ก. สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุง อสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมา เป็นเงินและสัญญาประเภทที่นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะมอบให้ผู้รับเหมาทำการก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณะประโยชน์แล้ว ยังมอบให้บริการหรือดำเนินกิจการของ อสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชน ผู้ว่าจ้างนั้น

ข. สัญญาประเภทที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จาก อสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ให้บริการเป็น ค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน สัญญาว่าจ้างสถาปนิกผู้ควบคุมงานการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์และสัญญาที่เอกชนจะได้รับประโยชน์จากการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ขอมอบเงิน วัสดุหรือที่ดินสำหรับการก่อสร้างนั้นให้แก่นิติบุคคลมหาชนโดยมีเงื่อนไขว่า นิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้น

2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (Contracts comportant occupation du domaine public) กฎหมายกำหนดให้สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ใน อำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองซึ่งศาสตราจารย์ชาปู 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. สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรง ได้แก่ สัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ตรงกับหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะนั้น และมีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นโดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานพยาบาลหรือหน่วยงานบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษาและสัญญาว่าจ้างผู้ดูแลเด็ก โดยสถานรับเลี้ยงเด็กเป็นต้น สัญญาว่าจ้างบุคลากรดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะไม่มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ถ้าเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ย่อย เช่น มีหน้าที่ทำความสะอาดของอาคารหน่วยบริการสาธารณะ เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะได้รับการว่าจ้างตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน

ค. สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับผู้ใช้บริการสัญญาดังกล่าวเป็นการดำเนินบริการสาธารณะอย่างหนึ่งจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าว ซึ่งการปลูกป่าเป็นการดำเนินการสาธารณะทางปกครองโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ใช้บริการ

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแนวความคิดเกี่ยวกับข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน ถือเป็นแนวความคิดที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมากกว่า เนื่องจากการจัดทำกิจกรรมของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถดำเนินการต่างๆ ได้ เช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักเกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองว่าฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้กระบวนการทำสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนหรือในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมแตกต่างจากการดำเนินกิจกรรมของเอกชน การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินการเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ของประชาชน²⁹

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

²⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 324.

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญาและไม่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นการดำเนินบริการสาธารณะ โดยตรงจะถือว่าฝ่ายปกครองและเอกชนยอมรับกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญานั้น³⁰

ศาสตราจารย์ชาญ อธิบายว่าสัญญาใดที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหากสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Clauses exorbitantes de droit commun) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองและเสนอข้อสังเกตเบื้องต้น 3 ประการ ดังนี้³¹

ก. สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีหลายชนิด ซึ่งโดยหลักสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ทั้งหมด ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญานั้นมุ่งตอบสนอง ยกเว้นในกรณีที่สัญญาทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ใช้บริการของตน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวนี้ ทำให้สัญญาเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ ถึงแม้ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ข. ในกรณีที่กำหนดว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจเลือกที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันโดยสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ในกรณีนี้ลักษณะของสัญญาขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา แต่ในกรณีของสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์อย่างอื่น นอกจากลักษณะพิเศษของข้อสัญญาเป็นเกณฑ์พิจารณาแล้ว การกำหนดว่าสัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดจะต้องเป็นไปตามเกณฑ์เหล่านั้น โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาดังเช่นกรณีนี้

ค. ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Clause exorbitante) เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว ที่จะทำให้สัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม จำนวนหรือปริมาณของข้อสัญญาที่อาจจะมืบทบาทที่สำคัญ คือในกรณีที่สัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาใดซึ่งมีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่ แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้ว ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้

สำหรับความหมายของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน ศาลได้ให้คำนิยามว่าเป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะ

³⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉม ก เล่มเดิม. หน้า 87.

³¹ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 49-54.

พิเศษ ตามปกติคู่สัญญามักจะไม่นิยามตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถแยกอธิบายความหมายของข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนได้ ดังนี้

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

2) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ศาสตราจารย์ซาปู อธิบายว่า “ข้อสัญญาประเภทนี้เป็นข้อสัญญาที่พบในทางปฏิบัติมากกว่าข้อสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนก็ได้”

แต่ในบางสัญญามีข้อสัญญาที่โยงไปถึงเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนหรือข้อกำหนดแนบท้ายสัญญา (Cahier des charges) ข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาและค่าปรับในกรณีทำงานล่าช้าหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญา หากคู่สัญญาขาดสภาพความเป็นบริษัท เป็นต้น³² ซึ่งโดยตัวของเอกสารก็มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ นอกจากนี้ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษอาจตกเป็นโมฆะได้ หากขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญาหรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลักได้ เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาได้เลย หรือสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบังคับคดีได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งหากปรากฏข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทันทีสำหรับข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชน (Clauses Inusuelles) เนื่องจากฝ่ายปกครองมักไม่นิยามให้กำหนดไว้ในสัญญา เช่น การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แม้ไม่มีเหตุผิดสัญญา (Resiliation Discretionnaire) การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา

³² นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 327.

มากเป็นพิเศษทุกชั้นตอน (Controle Exorbitant) หรือการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเอกชนด้วยกันเองทำไม่ได้ เช่น สิทธิพิเศษในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือฝ่ายปกครองให้ สิทธิพิเศษแก่เอกชนในการผูกขาด (Monopole) ในกิจการนั้นแต่ผู้เดียวหรือให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดิน ของเอกชนอื่นแทนฝ่ายปกครอง เป็นต้น³³

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

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง³⁴ 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

³³ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ก เล่มเดิม. หน้า 88.

³⁴ แหล่งเดิม. หน้า. 91-95.

2) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other party) ในสัญญาทางแพ่ง มิได้ถูกจำกัดให้เอกชนเลือกคู่สัญญาซึ่งคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งจะเป็นผู้ใดก็ได้เอกชนมีสิทธิเต็มทีในการเลือกคู่สัญญา และเอกชนจะเลือกใช้วิธีการใดเลือกคู่สัญญาก็ได้ แต่ในสัญญาของฝ่ายปกครองวิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องกระทำตามกฎหมาย ซึ่งถูกกำหนดให้ใช้วิธีที่เป็นกลางและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด ได้แก่ วิธีการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยการพัสดุ เช่น วิธีประกวดราคา (Adjudication publique) เป็นต้น³⁵

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) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุนิติสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย³⁶ ซึ่งตามประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Code des marchés publics) ฉบับใหม่ที่ประกาศรัฐกฤษฎีกาที่ 2001 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาพัสดุหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากนิยามความหมายมาตรา 1

³⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 98.

³⁶ 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 ที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่ถ้าเกี่ยวกับการพัสดุแล้วจะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดหาของการไฟฟ้าและก๊าซ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะตามหลักทั่วไปของสัญญาทางปกครอง คือ การบริการสาธารณะและเงินที่เป็นข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

โดยปกติ การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องเกี่ยวกับคู่สัญญาที่รับหน้าที่จัดสร้าง จัดหาทรัพย์สินหรือบริการให้กับฝ่ายปกครอง จะไม่มอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะหรือดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเอง แต่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการจัดการพัสดุด้านบริการ คู่สัญญาอาจ

ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเองหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการ ซึ่งถือได้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

สำหรับข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน มักจะมีบทบาทในสัญญาว่าด้วยการพัสดุ เพราะสัญญาว่าด้วยการพัสดุจะเป็นสัญญาทางปกครองได้โดยบันทึกเงื่อนไขทางปกครอง³⁷ (Cahier des charges) หรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (le Cahier des charges) ก็เป็นการเพียงพอที่จะทำให้มีลักษณะของเงื่อนไขที่พิเศษกว่าสัญญาตามกฎหมายเอกชน³⁸

2) สัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ สัญญาการมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ³⁹ สัญญาที่ทำขึ้นเป็นการมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการรับผิดชอบและเสี่ยงภัยกับกิจการนั้นตลอดระยะเวลาที่กำหนด โดยคู่สัญญาจะได้รับค่าตอบแทนเป็นการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการและจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดหาเงินเพื่อดำเนินการในโครงการนั่นเอง

นายฟิลลิป ตูร์เก้ เดอโบเรอการ์ (Philippe Turquet de Beaugard) ผู้เชี่ยวชาญด้านสัญญาทางปกครองจากสภาแห่งรัฐของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้อธิบายรูปแบบต่างๆของการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นโดยทำบริการสาธารณะว่ามีรูปแบบสำคัญ 5 รูปแบบ⁴⁰ ได้แก่สัญญาสัมปทาน (Concession) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ (Affermage) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ (Régie intéressée) สัญญาจ้างผู้จัดการบริหารงานแทนรัฐ (Gerance) สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ (Marché d'entreprise de travaux publics)

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

³⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. เล่มเดิม. หน้า 53.

³⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 445.

⁴⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 61.

1) สัญญาสัมปทาน (Concession) เป็นรูปแบบของสัญญาที่ผู้ได้รับสัมปทานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะ โดยได้รับความเสี่ยงภัยเองและได้รับค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทนโดยเก็บจากผู้ใช้บริการ สำหรับสิ่งก่อสร้างและการลงทุนเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว สิ่งก่อสร้างต่างๆจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ⁴¹ ซึ่งสิ่งก่อสร้างและการลงทุนดังกล่าวผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการเอง แต่ผู้รับสัมปทานอาจได้รับรายได้ทางอื่น เช่น เงินสนับสนุนโครงการของรัฐหรือรายได้จากค่าโฆษณาอันเป็นรายได้้นอกจากเงินค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ⁴²

ในระหว่างระยะเวลาตามสัญญา ผู้รับสัมปทานจะได้รับหลักประกันจากฝ่ายปกครองกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำให้เกิดความเสียหาย ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายหรือระเบียบหรือออกคำสั่งใดอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสัมปทานผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้สัมปทานได้ ทั้งนี้สัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนดตามสัญญาหรือเกิดเหตุสุดวิสัยซึ่งผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้หรือผู้ให้สัมปทานขอเลิกสัญญา⁴³

2) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐหน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการในสิ่งที่มีอยู่แล้ว โดยการใช้เอกชนบริหารทรัพย์สินของรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนในรูปของค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ให้บริการ ซึ่งค่าธรรมเนียมจะแบ่งเป็นสองส่วน คือ ส่วนของเอกชนคู่สัญญาและของหน่วยงานเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ⁴⁴ การบำรุงรักษาซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐผู้เป็นเจ้าของโครงการ โดยจะต้องรับผิดชอบบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้นเอกชนผู้รับมอบหมายจึงมีความเสี่ยงภัยน้อยกว่าผู้รับสัมปทาน แต่ระยะเวลาตามสัญญาจะสั้นกว่า คือไม่เกิน 10 ปี รูปแบบของสัญญามักจะใช้ในกรณีที่สัมปทานเดิมหมดอายุและทรัพย์สินกลายมาเป็นของรัฐ โดยรัฐไม่ต้องการดำเนินการบริหารกิจการเอง

3) สัญญาว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐ เอกชนสามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะ โดยได้รับมอบหมายจากรัฐ ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนที่กำหนดไว้และผลกำไรที่จะได้รับจากผลงานนั้น การดูแลทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของผู้รับมอบหมาย ส่วนการซ่อมแซมใหญ่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ เอกชนจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ โดยจะต้องส่งให้รัฐทั้งหมด⁴⁵ การว่าจ้างเอกชนให้บริหารบริการสาธารณะแทนรัฐเป็นรูปแบบการมอบหมายที่ให้

⁴¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม, หน้า 451.

⁴² แหล่งเดิม, หน้า 452.

⁴³ แหล่งเดิม, หน้า 453.

⁴⁴ แหล่งเดิม, หน้า 451.

⁴⁵ หน้าเดิม.

เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะและยังทำให้เอกชนมีอิสระในการดำเนินการพอสมควร โดยสัญญาจะมีระยะเวลาประมาณ 5 ปี

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

5) สัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นรูปแบบผสมผสานระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ สัญญาโยธาสาธารณะและสัญญาสัมปทานจะใช้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ แต่ไม่มีงบประมาณที่จะสร้างเองได้รัฐจะตกลงกับเอกชนให้เป็นผู้ก่อสร้างโดยรัฐจะจ่ายเงินคืนให้แก่เอกชนเป็นงวดๆ และมีข้อตกลงว่าเมื่อโครงการแล้วเสร็จ ผู้ก่อสร้างมีสิทธิที่จะบริหารโครงการนั้นในรูปแบบของสัมปทาน

6) สัญญาเช่าครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน⁴⁶ 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

⁴⁶ บุนผา อัครพิมาน ก เล่มเดิม. หน้า 64-65.

หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม⁴⁷ สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการ บริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมาก รัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชนกล่าวคือ⁴⁸

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

⁴⁷ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ข (2546). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 155.

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

นอกจากนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (prerogatives exorbitantes) เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือการยกเลิกสัญญา ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองเหล่านี้เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามสัญญาในสัญญาทางปกครองถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะบังคับได้เองทันที (Decision Executoire)⁴⁹ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาแต่อย่างใด ฝ่ายปกครองมีสิทธิบังคับให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการหรือปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและอาจเรียกร้องค่าเสียหายจากเอกชนคู่สัญญาได้ แม้จะไม่มี การตกลงไว้ในข้อสัญญาเลย ก็ตามแต่ฝ่ายปกครองจะต้องเตือนให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาเสียก่อน หากเอกชนคู่สัญญาเพิกเฉย ฝ่ายปกครองมีสิทธิเข้าดำเนินการเองหรือให้บุคคลใดๆ เข้าดำเนินการแทนโดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมด⁵⁰ ต่างกับสัญญาทางแพ่งซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาได้ การบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาจึงต้องอาศัยอำนาจทางศาล

สำหรับกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้หรือสัญญาที่มีข้อสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาพื้นวิสัย อันจะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นเป็นโมฆะซึ่งความเป็นโมฆะของสัญญาในสัญญาทางแพ่งไม่มีผลในทางกฎหมายและไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญา แต่ในสัญญาทางปกครองเมื่อมีเหตุแห่งโมฆะเกิดขึ้นในส่วนตัวส่วนหนึ่งของสัญญาแล้วโดยทั่วไปสัญญาย่อมเป็นโมฆะทั้งฉบับ เว้นแต่จะยอมรับได้ว่าแม้จะไม่มีส่วนที่เป็นโมฆะแล้ว คู่สัญญายังอยู่ในวิสัยที่จะทำสัญญาทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายได้⁵¹

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

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

⁵⁰ กมลชัย รัตนสากวาศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 159.

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 157.

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

2) อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เนื่องจากหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการและเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ

3) อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจที่มีได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร⁵²

2.1.3 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

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

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

⁵² 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 ผู้ใดจะยึดหรือครอบครองปรปักษ์เพื่อเอากรรมสิทธิ์ หรือยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ไม่ได้ หรือฝ่ายปกครองจะโอนให้เอกชนก็ไม่ได้ หากไม่มีกฎหมายให้ออนเป็นการเฉพาะ⁵³

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

⁵³ 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 โดยรวมคำสั่งของสภาหรือคำสั่งขององค์จักรพรรดิ หรือกลฉ้อฉลและกรณีคล้ายคลึงกัน⁵⁴ และต่อมาได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยนักกฎหมายทางศาสนา⁵⁵ ซึ่งมีหลักว่า เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาต่อกัน เมื่อเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว สัญญาย่อมก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากว่าเมื่อเข้าทำสัญญาย่อมมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ได้เอง โดยไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจของกฎหมาย และโดยหลักแล้วในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญาถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความเท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญา เพราะฉะนั้น คู่สัญญาจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำไว้ ดังนั้นหลัก Pacta Sunt Servanda จึงเป็นหลักที่ว่าเมื่อคู่สัญญาทำความตกลงใดๆ ไว้จะต้องเคารพในข้อตกลงนั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะปลดเปลื้องตนเองจากความผูกพันที่เกิดจากการตกลงโดยสมัครใจไม่ได้ ซึ่งก็คือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา Sanctity of Contract นั้นเอง

ความเป็นมาของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหลัก Pacta Sunt Servanda เป็นหลักกฎหมายที่มีที่มาจากแนวความคิดในทางศาสนาและศีลธรรมเป็นสำคัญ กล่าวคือในศาสนาคริสต์ ในพระคัมภีร์เก่า Old Testament ได้มีการกล่าวว่า “เมื่อมนุษย์ได้ปฏิญาณตนต่อพระเจ้า หรือได้สาบานตนที่จะผูกพันตามคำมั่นสัญญาแล้ว เขาไม่อาจที่จะไม่กระทำตามที่กล่าวได้ แต่จะต้องปฏิบัติตามในทุกๆ สิ่งที่เขาได้กล่าวไว้ (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 ซึ่งเป็นบทในเรื่องของสัญญา กล่าวไว้ว่า “ผู้ที่เชื่อจงปฏิบัติตามพันธะสัญญาของตน (O ye who believe! Fulfill (all) obligations)” ในกฎหมายโรมันซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นแม่แบบของกฎหมายในยุคปัจจุบันได้กล่าวว่า

⁵⁴ “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 อนุชิต สมบุญเจริญ, 2549:7-8)

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

pacta sunt servanda ex fide bona คือ “ข้อตกลงต่างๆ จะต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยสุจริต”⁵⁶ หลัก Pacta Sunt Servanda ได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นหลักกฎหมายใหญ่ในเรื่องของสัญญา โดยเฉพาะในศตวรรษที่ 18-19 ที่ความคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจนิยมสูงสุดไปด้วย เนื่องจากลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ laissez-faire, laissez-passer เห็นว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการดำเนินการใดๆ ได้เอง เว้นแต่ในกรณีเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่อาจถูกจำกัดเสรีภาพลงได้บ้างสำหรับกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับกันในสังคมควรจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกันเป็นผู้กำหนดขึ้น ดังนั้นจากแนวคิดนี้เจตนาของคู่สัญญาจึงถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกัน อันนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The Autonomy of the Will) ซึ่งเป็นหลักที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องได้เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จากหลักนี้บุคคลทุกคนจึงมีอิสระและเสรีภาพในการทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ได้เองและเมื่อสัญญาเกิดจากการตัดสินใจที่อิสระของคู่สัญญา หนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำโดยสมัครใจจึงเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด⁵⁷

ดังนั้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาจึงเป็นหลักที่ว่า เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันแล้วและสัญญาดังกล่าวเป็นผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้นั้นก็จะมีผลผูกพันให้คู่สัญญาที่มีหน้าที่ตามสัญญา จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันได้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหนี้ตามสัญญาได้และหากมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้ รัฐก็จะเข้ามาบังคับให้ปฏิบัติตามได้ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลกฎหมายและสังคม โดยการใช้อำนาจในทางตุลาการมาบังคับกับคู่สัญญา

จากการพิจารณาหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญาและหนี้ในแทบจะทุกเรื่อง แม้จะไม่มีกรณีบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เห็นได้ว่าเป็นหลักทั่วไปของสัญญาและหนี้ คือเมื่อบุคคลเข้าทำสัญญาต่อกันแล้วก็ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำกันไว้ เว้นแต่ในบางเรื่องที่กฎหมายบัญญัติว่าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาก็ได้ เช่น ข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือข้อสัญญาที่เป็นการพัน

⁵⁶ 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

⁵⁷ คาราวร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม*. หน้า. 16-17.

วิสัยที่จะปฏิบัติได้ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นอันโมฆะ กล่าวคือสัญญานั้นไม่มีผลบังคับใช้คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ เป็นต้น

2.2.2 หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Clausula rebus sic stantibus)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมต้องก่อให้เกิดภาระผูกพันต่อคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา นั่นคือ เกิดหน้าที่หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติชำระ แต่อย่างไรก็ดีการที่จะยึดตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อสภาวะการณ์ยังคงเดิม ไม่เปลี่ยนแปลง หรือเป็นกรณีที่ไม่มีความเหตุแทรกแซงใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ดังนั้น หากสภาวะการณ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก หรือมีเหตุมาแทรกแซงทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้ ก็อาจส่งผลให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในเรื่องนี้ คือ หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยนักสอนศาสนา (พระในศาสนาคริสต์) ในศตวรรษที่ 12-13⁵⁸ ซึ่งมีหลักว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง” ซึ่งได้มีการยืนยันว่าสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติแม้แต่คนที่เป็นศัตรูแต่หากสภาวะการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้

ตัวอย่างกรณีการใช้หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เช่น กรณีที่ศาลเยอรมนีได้ตัดสินในปี ค.ศ. 1920 โดยข้อเท็จจริงคือ ในปี ค.ศ. 1912 โจทก์ได้ตกลงทำธุรกิจกับจำเลยภายใต้ข้อสัญญาที่ว่า จำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการจัดหาไอน้ำจากโจทก์และโจทก์ก็มีสิทธิที่จะรับค่าตอบแทนการจัดหา ไอน้ำให้จำเลยตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ต่อมาในปี ค.ศ. 1917 เกิดเหตุการณ์ที่ราคาไอน้ำสูงขึ้นเป็นอย่างมาก โจทก์จึงปฏิเสธที่จะจัดหาไอน้ำให้จำเลยต่อไป เว้นแต่จำเลยจะจ่ายค่าตอบแทนให้โจทก์เพิ่มขึ้น จำเลยได้อ้างหลักเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา Pacta Sunt Servanda ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินเพิ่มขึ้นตามที่โจทก์เรียกร้อง ศาลได้พิจารณาแล้วตัดสินให้ตามที่โจทก์ร้องขอซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลปฏิเสธที่จะใช้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในกรณีนี้ และเป็นการนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกรณีเหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาต่อกัน⁵⁹

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

⁵⁸ Aziz T Saliba, supra Op.cti.

⁵⁹ 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 ในปัจจุบันเราจะพบได้ในบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ของลูกหนี้ได้แก่หลักเรื่อง Frustration ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักมูลเหตุของสัญญา (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ซึ่งในปัจจุบันก็คือมาตรา 313 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระที่หนักมากเกินไปจนเกินควร มาตรา 1467 วรรคแรกของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี⁶⁰ หรือหลักกฎหมายในมาตรา 1198 ของประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา⁶¹ หลักกฎหมายในมาตรา 672 ของประมวลกฎหมายแพ่งปารากวัย⁶² เป็นต้น ซึ่งในเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาและผลที่เกิดขึ้นจึงต้องนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังในเรื่องนี้มาประกอบการพิจารณาด้วย เพราะการพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมาย เรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus

หลักกฎหมายนี้มีชื่อเป็นภาษาละตินว่า “Clausula Rebus Sic Stantibus” หมายความว่า ความผูกพันตามสัญญาโดยอ้อมตั้งอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญานั้น⁶³ เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปสู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” การปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้มีปัญหว่าหากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานสำคัญแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปจะมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเพียงใดและลูกหนี้จะอ้างเหตุที่พฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความผูกพันได้ใน

⁶⁰ 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.”

⁶¹ 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.”

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

⁶³ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม หน้า 7.

กรณีใดบ้าง เป็นปัญหากฎหมายที่เป็นที่รู้จักกันดีในระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปมานานแล้ว⁶⁴

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดของเขตของเจตนาผูกพันหากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่า เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณีย่อมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยายว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ ตามปกตินั่นเอง⁶⁵

หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ได้รับการยอมรับและเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศและพบได้ในประมวลกฎหมายเอกชนในศตวรรษที่ 18 แต่ภายหลังจากมาหลักนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามันคลุมเครือ ไม่ชัดเจนและขาดความแน่นอน ดังนั้นหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus จึงถูกทิ้งไปในปลายศตวรรษที่ 18 และศตวรรษที่ 19 เนื่องจากในสมัยนั้น (ศตวรรษที่ 19) มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of freedom of contract) ลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยมซึ่งให้ความสำคัญกับหลักความอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) และการถือความหมายตามตัวอักษรของสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยในสมัยนั้นเน้นในเรื่องเสรีภาพในการตัดสินใจของบุคคล บุคคลทุกคนทำสัญญาผูกพันกันเอง 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) และเจตนาอันไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยศาล ซึ่งหลักเหล่านี้ได้กลายเป็นหลักสำคัญในกฎหมายสัญญา และทำให้เกิดความเจริญทางการค้าต่อมาในปัจจุบันในทางกลับกันแนวคิดทางกฎหมายได้อยู่ภายใต้อิทธิพลของหลักสุจริต (Good Faith) และความเป็นธรรม (Equity) ซึ่งในกฎหมายสัญญาได้ละทิ้งหลักการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเด็ดขาด และได้ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ได้เมื่อการปฏิบัติตามสัญญากลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ซึ่งในหลายๆ ประเทศได้รับเอาหลักนี้ไปใช้

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 11.

สำหรับผลในทางกฎหมายของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดขอบเขตของเจตนาผูกพัน หากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณียอมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยายว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ตามปกตินั่นเอง⁶⁶ 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 ดังนี้⁶⁷

⁶⁶ หน้าเดิม.

⁶⁷ อมรรัตน์ รัชชวงค์. 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 สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย⁶⁸ ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้นจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของ

⁶⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ ข (2549). รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่องปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้ เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events). หน้า 29.

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ⁶⁹

1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ได้แก่ เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าเกิดขึ้น โดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ตามมาคือ การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปไม่ได้โดยสิ้นเชิง 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 แต่ไม่ถึงขนาดทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้หรือเป็นการพ้นวิสัย นอกจากนี้เหตุมีอาจคาดหมายได้จะมีลักษณะเพียงชั่วคราวเท่านั้น หากเหตุนั้นกลายเป็นเหตุที่มีลักษณะถาวรเมื่อไรการชดเชยค่าเสียหายหรือค่า

⁶⁹ 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)⁷⁰

ระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีบัญญัติหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2002 ในมาตรา 313 และในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยมาตรา 60 ซึ่งเป็นการบัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ และหากต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นและมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง⁷¹ 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

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

⁷¹ มานิตย์ วงศ์เสรี ก เล่มเดิม. หน้า 26 – 33.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองไว้เป็นกรณีพิเศษซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขปัญหาของนักกฎหมายเยอรมันในการตรากฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ตามกฎหมายแพ่งและหลักให้ความสำคัญคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (öffentliches Interesse) ตามกฎหมายมหาชนปกครอง⁷²

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 ค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวน⁷³

ค่าทดแทนค่าเสียหาย อันเกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายนี้มิใช่ “ค่าเสียหาย” (Dommages-intérêts) ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเรียกร้องเอาจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ ค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ จะคำนวณจากความสูญเสียที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับในระหว่างที่เกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ไปจนกระทั่งถึงการจบสิ้นลงของเหตุดังกล่าว ในขณะที่ค่าเสียหายจะคำนวณจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงทั้งหมดเต็มตามจำนวน⁷⁴

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

⁷³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข แหล่งเดิม.

⁷⁴ 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 ซึ่งคือกำไรที่คู่สัญญาควรได้รับตามปกติตนเอง แม้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายในกำไรนี้จะถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในบางกรณี ศาลกลับตัดสินไว้ในแนวทางตรงกันข้าม คือชดใช้ค่าสินไหมทดแทน สำหรับค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น กรณีการใช้อำนาจยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวภายหลังสถานการณ์สงครามหรือ สถานการณ์ไม่สงบอื่นๆ ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งเฉพาะ ความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดกำไรด้วย นอกจากนี้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เต็มจำนวนความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายทั้งปวงเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายฝ่ายปกครอง ก็ต้องชดใช้ให้เพียงส่วนที่ตนกระทำเท่านั้นซึ่งก็เป็นคำวินิจฉัยของศาลที่เป็นเหตุเป็นผล⁷⁵

จึงเห็นได้ว่าเมื่อเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครอง (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้นโดยเหตุการณ์ที่อยู่ นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นและต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการชั่วคราว ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางสำหรับแก้ไขปัญหานี้ในเหตุการณ์ดังกล่าวไว้โดยให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทน ความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้

⁷⁵ บุปผา อัครพิมาน ข เล่มเดิม. หน้า 189.

ค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวนดังเช่นในกรณีที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait Du Prince)

หลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษ สัญญาในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้นจะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น และโดยเหตุที่สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่ผูกอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่ามีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน (ระบบกฎหมายปกครอง) หรือไม่ ดังนั้นในระบบกฎหมายใดที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน เราจะไม่อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายนั้นมี “สัญญาทางปกครอง”⁷⁶

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

⁷⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 239-241.

⁷⁷ Guenter Treitel. (1999). *The Law of Contract*. p.805.

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