

บทที่ 3

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศและไทย

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

3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.1.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

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

ในอดีต จึงได้จัดทำกฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นเพื่อห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความกฎหมายฉบับดังกล่าวมีผลใช้ยู่จนกระทั่งปัจจุบันนี้

เมื่อกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ศาลยุติธรรมก็ไม่สามารถเข้ามาพิจารณาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความได้ จึงเกิดปัญหาตามมาว่าใครจะเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความ ในเมื่อการมอบให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความไม่สามารถทำได้ การจัดตั้งศาลขึ้นมาใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความก็เป็นเรื่องที่ยุ้งยากและอาจสร้างปัญหาตามมา ดังนั้นจึงมีแนวความคิดว่าควรให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความจะเหมาะสมที่สุด เพราะอย่างน้อยก็เป็นการระงับปัญหาภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ซึ่งไม่เป็นการกระทบถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและนอกจากนี้ฝ่ายปกครองเองก็ย่อมเข้าใจถึงกระบวนการในการดำเนินการต่างๆของฝ่ายปกครองได้เป็นอย่างดีอีกด้วย แนวความคิดดังกล่าวส่งผลทำให้เกิดระบบการควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองขึ้นภายในฝ่ายปกครอง อันเป็นการควบคุมในระบบบังคับบัญชา (Le contrôle hiérarchique) โดยผู้บังคับบัญชาระดับสูงซึ่งก็คือรัฐมนตรีจะเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันหรือระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

โปเลียนก้าวเข้าสู่อำนาจก็มีแนวความคิดที่จะจัดตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมทั้งหลาย รวมถึงการปฏิบัติตามกฎหมายและแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้นรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 จึงได้จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (le Conseil d'État) ขึ้นภายในส่วนกลางและสภาที่ปรึกษาแห่งจังหวัด (le Conseil de prefecture) ขึ้นในระดับจังหวัด (Departement) โดยมีอำนาจหน้าที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 ว่าภายใต้การกำกับดูแลของนโปเลียน สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีหน้าที่ยกร่างรัฐบัญญัติ (Rédiger un projet de loi) และกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (Les règlement d'administration publique) รวมทั้งแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและสภาที่ปรึกษาแห่งจังหวัดมีอยู่เพียงการให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครองโดยไม่มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองระดับสูงอยู่ดังเช่นที่เป็นมาก่อนหน้านี้ โดยผู้บังคับบัญชาสูงสุดจะเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนซึ่งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกระบบนี้ว่าระบบ La justice retenue

เมื่อพิจารณาจากประวัติของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้วจะพบว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาคือในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1799 ถึงปี ค.ศ. 1872 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐพยายามที่จะหาความเป็นอิสระในการดำเนินงานให้กับตนเอง 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 รัฐบัญญัตินี้ยังได้จัดตั้ง “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 เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองจึงไม่สมควรนำเอากฎหมายเอกชนซึ่งใช้สำหรับความรับผิดชอบทั่วไประหว่างเอกชนด้วยกันมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดีดังกล่าว 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 ประกอบกับหลักทางทฤษฎีกฎหมายที่ฝ่ายวิชาการสร้างขึ้น¹

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ค (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. หน้า 17-22.

ศาสตราจารย์เวอเดล (Georges Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสได้อธิบาย² 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 ประการที่สองที่เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของตัวสัญญาทางปกครองนั่นเอง โดยวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชนและรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาทางปกครองในฐานะของผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของมหาชน ดังนั้นความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชนจึงไม่อาจตั้งอยู่บนฐานความสัมพันธ์ของกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

3.1.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้นำหลัก *Clausula rebus sic stantibus* มาบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง แต่ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายนี้มาวินิจฉัยคดีปกครองและได้ยึดถือแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อมาและในคดีแพ่งศาลก็ไม่ได้นำหลักกฎหมายนี้มาใช้กับคดีแพ่ง³

² บุนผา อัครพิมาน ก เล่มเดิม. หน้า 20 – 21.

³ กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 45.

สำหรับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้วางแนวคำวินิจฉัยคดีปกครองในกรณีพฤติกรรมแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปโดยพิพาทการรับรองให้มีการปรับข้อตกลงตามสัญญาระหว่างรัฐกับคู่สัญญาเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหากเกิดข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามสัญญาขึ้น สภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยอมให้มีการปรับสัญญาได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติกรรมเหตุผลสำคัญในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ก็คือการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไป โดยไม่ขาดตอนเพื่อจะได้ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้นเมื่อพฤติกรรมแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย⁴

สภาแห่งรัฐวางแนวไว้ว่า โดยหลักสัญญาสัมปทานกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สัมปทานและคู่สัญญาต้องผูกพันตามนั้นไปจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุด โดยผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายและภายใต้เงื่อนไขที่สัมปทานกำหนด ทั้งนี้ความเปลี่ยนแปลงของราคาวัตถุดิบจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจอาจสูงขึ้นหรือต่ำลงเป็นสิ่งที่ผู้รับสัมปทานจะต้องยอมรับความเสี่ยงภัยนั้นเอง เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมรับรู้และยอมรับความไม่แน่นอนนั้นและคำนวณเพื่อความไม่แน่นอนดังกล่าวมาตั้งแต่ต้นอย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวราคาก๊าซหุงต้ม ซึ่งเป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซสูงมากเกินกว่าที่คู่สัญญาจะสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าในขณะที่ทำสัญญา เหตุการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อความสมดุลของประโยชน์ที่ได้เสียที่กำหนดไว้ในสัญญา ดังนั้นบริษัทผู้รับสัมปทานจึงยืนยันว่าตนไม่อาจจะดำเนินการบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้แต่ดั้งเดิมในสัญญาหากสถานการณ์ดังกล่าวยังไม่คลี่คลาย ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องค้นหาแนวทางที่จะทำให้เหตุการณ์ผิดปกติที่เกิดขึ้นชั่วคราวนั้นสิ้นสุดลง ซึ่งแนวทางดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงทั้งประโยชน์สาธารณะคือบริการสาธารณะที่จัดทำโดยบริษัทผู้รับสัมปทานที่ต้องมีความต่อเนื่อง ซึ่งรัฐจะต้องมีส่วนช่วยเหลือบริษัทในทุกทางที่เป็นไปได้กับคำนึงถึงเงื่อนไขพิเศษที่ทำให้ไม่อาจดำเนินการตามข้อสัญญาตามปกติจึงวินิจฉัยว่าผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องดำเนินการต่อไปและผู้รับสัมปทานต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นเพียงบางส่วน เท่าที่วิญญูชนอาจตีความได้จากสัญญาจึงสั่งให้คู่สัญญาไปตกลงเงื่อนไขที่ผู้รับสัมปทานจะยังดำเนินการบริการสาธารณะต่อไปได้ รวมทั้งการกำหนดค่าทดแทนให้ผู้รับสัมปทาน

⁴ กิตติศักดิ์ ปรัตติ ก เล่มเดิม, หน้า 29.

เพราะการณั้้นด้วย⁵

ในกรณีเกิดเหตุที่มีอาชญากรรมได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางสำหรับแก้ไขปัญหามิเหตุการณ์ดังกล่าวไว้ในคดี Gaz de Bordeaux ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1916 ว่าหากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าขึ้นเอกชนคู่สัญญาที่จะต้องดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะต้องให้ความช่วยเหลือด้วยการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวน⁶

จากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐได้ยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus ในสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในเรื่องนี้เป็นกรณีที่พฤติการณ์ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปและมีผลกระทบต่อกรปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยโดยยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus ในเชิงความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ พิจารณาในลักษณะที่ทำให้มีการปรับสัญญาเพื่อให้สัญญายังคงมีผลต่อไป โดยไม่ได้ปรับใช้หลักดังกล่าวเพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลง เหตุผลสำคัญที่ศาลคำนึงถึงในคดีนี้ คือ เรื่องของการบริการสาธารณะต้องต่อเนื่อง ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสัญญาทางแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ศาลยุติธรรมไม่ยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus โดยให้ความสำคัญกับข้อตกลงของสัญญาที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนากันไว้เองยิ่งไปกว่าหลักความเป็นธรรมและหลักสุจริต แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องของคู่สัญญาสองฝ่าย สัญญาทางปกครองส่วนมากมีผลกระทบกับการบริการสาธารณะ ซึ่งสภาแห่งรัฐคำนึงถึงหลักการบริการสาธารณะเป็นสำคัญ สภาแห่งรัฐจึงไม่อาจปฏิเสธหลัก Clausula rebus sic stantibus ได้เนื่องจากประโยชน์สาธารณะเรียกร้องนั้นเองรัฐได้ยอมรับหลัก Clausula rebus sic stantibus โดยปรากฏจากคำพิพากษาดังกล่าวด้วยเหตุผลที่เด่นชัดเพียงประการเดียว คือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้บริการสาธารณะ

⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, วรเจตน์ ภักิริรัตน์ และคณะ. (2549). *วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ* (รายงานการวิจัย). หน้า 20-22.

⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข เล่มเดิม. หน้า 89-90.

ดำเนินต่อไปได้โดยไม่ขาดตอน แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะเป็นแนวความคิดที่ถือได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและการทำสัญญา ทางปกครองก็เป็นวิธีการหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐจึงต้องตกอยู่ภายใต้ทฤษฎีบริการสาธารณะเช่นกัน

เมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนครบอายุสัญญานั้นคู่สัญญาจะมีสิทธิบางประการโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะได้รับการชดเชยเงินหรือสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชย 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*⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทได้รับสัมปทานผลิตไฟฟ้าให้ประชาชนจากเทศบาลเมืองบอร์โด ต่อมาเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟเพิ่มขึ้นจากราคา 35 ฟรังก์ ในปี 1915 เป็นราคา 117 ฟรังก์ ในปี 1916 บริษัทขอขึ้นค่าไฟฟ้า แต่เทศบาลไม่ยอมบริษัทจึงมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอขึ้นค่าไฟฟ้า เพื่อเป็นค่าทดแทนเนื่องจากราคาถ่านหินสูงขึ้น 3 เท่า อันเนื่องมาจากสงคราม สภาแห่งรัฐพิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทน เพราะเงื่อนไขเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ครบถ้วนแล้วมีความเห็นว่า “สมควรหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหามีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยการให้รัฐเข้าไปช่วยเหลือทุกวิถีทางให้บริษัทดำเนินการได้ต่อไป แม้วิธีการดังกล่าวจะไม่อยู่ในสัญญาที่บริษัททำไว้กับรัฐก็ตาม”

⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ ข (2543). สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. หน้า 58.

2. ในคดี *Compagnie des tramways de Cherbourg*⁸ ซึ่งเทศบาลเมืองนั้นให้สัมปทานการเดินรถแก่บริษัทดังกล่าวและบริษัทนั้นเคยได้กำไรมา และมาขาดทุนอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี 1916 เรื่อยมาจนถึง 1922 โดยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เทศบาลอนุมัติให้บริษัทขึ้นค่ารถราง 8 ครั้งครั้งสุดท้ายเทศบาลยอมอนุญาตให้บริษัทขึ้นราคาค่าโดยสารได้ตามที่เห็นสมควร แม้จะขึ้นราคาเท่าใดก็ยังขาดทุนอยู่ดี บริษัทจึงมาขอค่าทดแทนอีก จึงมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ซึ่งสภาแห่งรัฐพิพากษาว่า “เมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาขาดทุนอย่างรุนแรง เทศบาลผู้ให้สัมปทานต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตามเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ต้องมีลักษณะชั่วคราวและหากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจใหม่ทำให้เหตุนี้กลายเป็นเหตุถาวรไปผู้ให้สัมปทานไม่อาจนำภาษีอากรของประชาชนมาชำระค่าทดแทนได้เพราะการดำเนินกิจการดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้เสียแล้ว และกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาขอให้ศาลเลิกสัญญาสัมปทานได้”

ค่าทดแทนค่าเสียหายอันเกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายนี้มิใช่ “ค่าเสียหาย” (*Dommages-intérêts*) ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเรียกร้องเอาจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ จะคำนวณจากความสูญเสียที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับในระหว่างที่เกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ไปจนกระทั่งถึงการจบสิ้นลงของเหตุดังกล่าวในขณะที่ค่าเสียหายจะคำนวณจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงทั้งหมดเต็มตามจำนวน⁹

ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองอาจมีเหตุนอกเหนือความคาดหมายซึ่งทำให้การปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบากเพราะเอกชนต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเกินขนาด เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือเรื่องค่าทดแทนความเสียหายจากรัฐการคู่สัญญาได้ สิทธิเช่นนี้ของเอกชนคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่าถ้าคู่สัญญาจะล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดหมายและไม่ใช่มิฉะนั้นแล้วบริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่จะต้องใช้ค่าทดแทนเพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมาอันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง ผลทางกฎหมายกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ก็คือ เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญา แต่ไม่เต็มจำนวนเท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

⁸ แหล่งเดิม.

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก เล่มเดิม. หน้า 466.

อย่างเช่นเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเอกชนคู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ อย่างไรก็ดี เหตุที่มีอาจคาดหมายได้จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁰

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

2) เหตุที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาคู่กรณีแห่งสัญญาและไม่ได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาและเป็นเรื่องที่คู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้

3) เหตุที่เกิดขึ้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงทางเศรษฐกิจขาดทุนอย่างมหาศาลและเป็นส่วนที่เกินความเสียหายที่บุคคลธรรมดาคาดหมายได้

4) เหตุที่โดยไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้จะต้องเป็นเหตุชั่วคราวเพราะถ้าเป็นเหตุการณ์จำต้องเลิกสัญญาเสมือนสัญญาต้องเป็นพันธียุติ

5) เป็นเหตุที่เอกชนคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้ แม้ว่าจะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของทฤษฎีที่มีอาจคาดหมายได้มุ่งเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ดังนั้นการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากเหตุมีอาจคาดหมายได้นี้จะต้องรับผิดชอบให้ในขณะที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นอย่างรวดเร็วเพื่อช่วยให้คู่สัญญาสามารถดำเนินบริการสาธารณะให้ต่อเนื่องเพราะหากสัญญาสิ้นสุดลงแล้ว การจ่ายค่าชดเชยในลักษณะนี้ก็จะไม่มีประโยชน์ เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะอีกต่อไป โดยในการคำนวณความเสียหายในกรณีนี้ค่อนข้างยุ่งยากศาลปกครองมักจะต้องพึ่งพาผู้เชี่ยวชาญเข้ามาช่วยคำนวณเสมอ ซึ่งในการคำนวณจะต้องคำนึงถึงดังต่อไปนี้¹¹

ประการแรก การกำหนดจุดเริ่มต้นของเหตุอันมีอาจคาดหมายได้ คือพิจารณาว่านับตั้งแต่เมื่อไรที่เหตุการณ์ผิดปกติเกิดขึ้นอันมีผลให้ภาระของคู่สัญญามีมากกว่าความเสี่ยงในการลงทุนทางการค้าตามปกติซึ่งจะเรียกว่า “ภาระช่วงนอกเหนือสัญญา”(Période extracontractuelle) หรือ “จุดเริ่มต้นของความไม่อาจคาดหมายได้” (Seuil de l'imprévision)

ประการที่สอง เมื่อได้จุดเริ่มต้นแล้วจึงคำนวณจำนวนค่าเสียหายหรือภาระทั้งหมดที่

¹⁰ รัตนา เล็กสมบุญไชย. (2536). สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ. หน้า 74 - 77.

¹¹ นุบผา 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

ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภทโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คือสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยบทบัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976¹²

1. สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาไม่อาจก่อตั้งโดยคำสั่งทางปกครองได้แต่ต้องอาศัยการแสดงเจตนาร่วมกัน เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 2 นั้น

2. สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน ได้แก่ที่กระทำการระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชน ซึ่งมีคำสั่งทางปกครองและสัญญาที่แสดงเจตนาร่วมกันแต่ฝ่ายองค์กรปกครองมีฐานะที่สูงกว่าหรือมีเอกสิทธิ์

¹² มานิตย์ 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 และหากต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นและมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง¹³

ทฤษฎีรากฐานของสัญญา (Foundation of the Contract) หรือเรียกในภาษาเยอรมันว่า *Geschäftsgrundlage*¹⁴ เสนอโดยนักกฎหมายเยอรมันชื่อ Oertman ในปี ค.ศ. 1921 ซึ่งหมายถึงความเข้าใจร่วมกันของคู่สัญญาหากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปโดยไม่อาจคาดหมายได้และมีผลกระทบร้ายแรงต่อสภาพทางการเงิน หรือทำให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาได้เป็นเหตุให้คู่สัญญาที่ต้องรับภาระจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจบอกเลิกสัญญาได้¹⁵

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* ในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน¹⁶

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 26 – 33.

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

¹⁵ ปาร์วี พิลิฐเสนากุล. (2553). หลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง. หน้า 59

¹⁶ 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) ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญา มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปได้หรือไม่หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ (2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ตราประทับที่บ่งบุนิติบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงผลไว้ด้วย”

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

อย่างไรก็ตามการยอมรับสิทธิพิเศษในการยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายเยอรมันก็เป็นไปอย่างเคร่งครัดกว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹⁷

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

มาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1 VwVfG การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้¹⁸ 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

¹⁷ มานิคซ์ วงศ์เสรี และวรเจตน์ กาธิรัตน์. (ม.ป.ป.). สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี หัวข้อที่ 2 หลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครอง. เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (รายงานการวิจัย). หน้า 7.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 26.

ผู้ร่างกฎหมายเองประสงค์จะไม่บัญญัติถึงผลที่ตามมาภายหลังมีการเลิกสัญญาทางปกครอง เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องการใช้ค่าเสียหายเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาในแต่ละกรณีๆ ไป อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 VwVG นี้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเอาไว้ ดังนั้นการจ่ายค่าทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหาย จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามมาตรา 14 และมาตรา 2 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาใช้บังคับ¹⁹

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเนื่องจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในภายหลังได้เปลี่ยนแปลงไปหรือเนื่องจากประโยชน์ของมหาชนมีความสำคัญ ยิ่งกว่านั้นเป็นการก้าวไปกระทบกระเทือนความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองซึ่งสมควรจะได้รับความคุ้มครอง ในกรณีดังกล่าวนี้มาตรา 49 วรรคห้า จึงกำหนดเรื่องการชดเชยค่าสินไหมทดแทนไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้กำหนดให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนไว้เป็นการทั่วไป²⁰

3.3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ

สัญญาในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้นจะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น และโดยเหตุที่สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่ผูกอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่ามีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน (ระบบกฎหมายปกครอง) หรือไม่ ดังนั้นในระบบกฎหมายใดที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกันเราย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายนั้นมี “สัญญาทางปกครอง”²¹

¹⁹ แหล่งเดิม, หน้า 31 – 32.

²⁰ กมลชัย รัตนสากววงศ์ ศ. (2544). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 245.

²¹ วรเจตน์ ภาภิรัตน์. 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 ให้เอกชนฟ้องรัฐได้รับผิดชอบในมูลสัญญาได้ ศาลมีอำนาจพิพากษาแสดงถึงความมีอยู่ของสิทธิฝ่ายเอกชนหรือพิพากษาให้รัฐใช้ค่าเสียหาย แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้มีการชำระหนี้ได้เฉพาะเจาะจงหรือบังคับให้ใช้เงินค่าเสียหายได้ เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเอกชนการชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องตั้งงบประมาณเพื่อชดเชยค่าเสียหายไปยังรัฐสภาเพื่ออนุมัติ²²

โดยแรกเริ่มนั้นหลักกฎหมายดั้งเดิมตามคอมมอนลอว์ (Common Law) ศาลได้วางหลักเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation)²³ ไว้ในคดี Paradine v. Jane²⁴ ว่าเมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาแล้วก็ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้น แม้การปฏิบัติการชำระหนี้จะกลายเป็นพ้นวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม คู่สัญญาดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในความเสียหายโดยการพิสูจน์ว่า การปฏิบัติตามสัญญาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ กล่าวคือคู่สัญญาก็ไม่อาจจะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาได้จะเห็นได้ว่าหลักสัญญาในกฎหมายอังกฤษเดิมนั้น ถือความเคร่งครัดของสัญญาเป็นสำคัญแม้มีเหตุการณ์เกิดขึ้นทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถเป็นไปได้ลูกหนี้ยังคงต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไป ไม่อาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้จากความเคร่งครัดในหลักสัญญาดังกล่าวประกอบกับมีเหตุการณ์ที่

²² บวรวิทย์ เป็รื่องวงศ์. (2551). การตีความและปรับข้อกำหนดเพื่อความเป็นธรรมในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทาน. หน้า 65-66.

²³ Guenter Treitel. Op.cit. p. 805.

²⁴ (1647) Aleyn 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 “เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติการนั้นได้ต่อไปหรือทำให้การกระทำเพื่อการปฏิบัติ การชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปกลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์อย่างมาก ส่งผลให้สัญญาล้มเหลวและคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้”²⁵

จากหลัก Frustration ที่ศาลอังกฤษวางไว้จะมีลักษณะดังนี้²⁶

- 1) มีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญา
- 2) เหตุการณ์ตามข้อ 1) ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปหรือกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญามุ่งประสงค์เป็นอย่างมากหรือทำให้รากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป

ผลของหลัก Frustration ตามคอมมอนลอว์ คือสัญญาล้มเหลวทันทีและคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาเฉพาะหนี้ในอนาคตกเท่านั้น ต่อมาภายหลังรัฐสภาจึงตรา Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 โดยยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสม เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาล้มเหลวไปโดยเหตุของ Frustration²⁷ จากลักษณะของเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาแตกต่างไปจากที่คู่สัญญามุ่งประสงค์อย่างมากหรือไปทำให้รากฐานสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป ศาลอังกฤษได้วางหลักว่าจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของเจตนาหรือความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาเป็นหลัก กล่าวคือเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาและมีเหตุการณ์เกิดขึ้นที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ ตามที่ประสงค์ได้ แม้ว่าการชำระหนี้ไม่ถึงกับไม่สามารถกระทำได้โดยสิ้นเชิงหรือแม้ว่าจะปฏิบัติได้แต่สิ่งที่ได้รับก็จะผิดไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ หรือการชำระหนี้ที่เป็นอันไร้ประโยชน์หรืออาจกล่าวได้ว่าหากให้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไป ก็มีผลเสมือนเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ต่างไปจากเดิมสัญญาก็จะล้มเหลวไปโดยเหตุ Frustration²⁸ โดยในการพิเคราะห์ความประสงค์ร่วมกันดังกล่าว แม้เจตนาหรือความประสงค์อาจจะไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร

²⁵ อมราลักษณ์ รักยงศ์, เล่มเดิม, หน้า 19.

²⁶ พินัย ฌ นคร, เล่มเดิม, หน้า 138-139.

²⁷ แหล่งเดิม, หน้า 145.

²⁸ แหล่งเดิม, หน้า 140.

แต่หากเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่สัญญามีความประสงค์ร่วมกันให้สิ่งใดเป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญา สัญญานั้นก็สิ้นผลโดยเหตุ Frustration เช่นกัน

กรณีที่พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างนอกเหนือความคาดหมาย เกิดเป็นข้อขัดข้องในการชำระหนี้ จนส่งผลกระทบต่อผลของสัญญา ซึ่งลูกหนี้อาจอ้างเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้นี้ในหลักคำสอนทางกฎหมายของอังกฤษเป็นที่รู้จักกันในนามของ “Doctrine of Frustration of Contract”²⁹ หลักดังกล่าวนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดชอบทางสัญญาของอังกฤษ ซึ่งถือว่าสัญญาโดยทั่วไปเป็นสัญญารับประกันในความผูกพันหรือ Absolute Contractual Obligation³⁰ ข้อยกเว้นของหลักเรื่องนี้มีที่มาจากแหล่งสำคัญ 2 แหล่งด้วยกัน คือจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในคดี Taylor v. Caldwell [1863]³¹ ซึ่งศาลได้พิพากษาวางบรรทัดฐานไว้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งย่อมไม่ต้องผูกพันตามสัญญา (และด้วยเหตุนี้จึงย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการผิดสัญญา) หากปรากฏว่าความมีอยู่ของทรัพย์สินใดเป็นเงื่อนไขสำคัญของการชำระหนี้ตามสัญญาและทรัพย์สินนั้นได้สูญหรือเสียหายไปเพราะเหตุสุดวิสัยก่อนที่จะชำระหนี้ตามสัญญานั้นจะถึงกำหนด

ในสมัยหลังมานี้ มีการนำหลักเรื่องนี้มาขยายให้กว้างออกไปอีกดังจะเห็นได้ในคดี Robinson v. Devison [1971]³² ในคดีนี้มีนักเปียโนท่านหนึ่งตกลงจะเล่นเปียโนในงานคอนเสิร์ตแห่งหนึ่งแต่นักเปียโนนี้เกิดป่วยกะทันหันจนเป็นเหตุให้ต้องบอกเลิกการแสดง หากจะเทียบเคียงเหตุผลในคดีนี้กับคดี Taylor v. Caldwell ก็จะได้ผลว่าการที่นักเปียโนท่านนี้เกิดป่วยขึ้นอย่างกะทันหันย่อมเปรียบเสมือนการที่นักดนตรีสูญเสียคุณสมบัติในการเป็นผู้แสดงดนตรีไปและจนกว่าจะถึงเวลาออกแสดง การมีอยู่ของคุณสมบัตินี้ของนักดนตรีเช่นนี้ย่อมเป็นสาระสำคัญของสัญญา

ในคดี Nickoll v. Ashton [1901]³³ ปรากฏว่ามีการซื้อขายเมล็ดพันธุ์ฝ้ายยิปต์คู่หนึ่ง โดยคู่กรณีตกลงกันว่าฝ่ายผู้ขายจะต้องจัดส่งสินค้าไปยังเมืองอเล็กซานเดรียโดยทางเรือกลไฟชื่อว่า “Orilando” ในช่วงเดือนมกราคม ค.ศ. 1900 แต่ปรากฏว่าเรือกลไฟที่ชื่อ “Orilando” นั้นได้จมลงใน

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 137.

³⁰ แนวคำพิพากษาหลักในเรื่องนี้คือ Paradine v. Jane [1647], Aleyn 26.

³¹ Taylor v. Caldwell [1863], 3 V.&S. 826 ซึ่งเป็นคดีที่คู่สัญญาดตกลงเช่าอาคารหอประชุมสำหรับแสดงดนตรี แล้วต่อมาหอแสดงดนตรีนั้นเกิดประสบอัคคีภัยไหม้หมดทั้งหลังก่อนที่จะถึงกำหนดแสดงดนตรี โดยไม่เป็นความผิดของทั้งสองฝ่าย คู่กรณีจึงพิพาทกันว่าต้องชำระค่าเช่าตามที่ตกลงกันหรือไม่ ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าสัญญาระงับสิ้นลงเพราะ Frustration.

³² Robinson v. Devison [1971], L.R. 6 Exch 269.

³³ Nickoll v. Ashton [1901], 2K.B. 126.

ทะเลบอลติกตั้งแต่เดือนธันวาคม ค.ศ. 1899 แล้ว ในคดีนี้ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากได้อ้างหลักกฎหมายในคดี Taylor v. Caldwell ว่ามีข้อตกลงในลักษณะที่เป็น “เงื่อนไขโดยปริยาย Implied Condition” ระหว่างคู่กรณีว่าผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่ชำระหนี้ หากปรากฏว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือเรือ Orilando นั้นได้อับปรางลงและสิ้นสภาพการเป็นเรือบรรทุกสินค้าไปโดยมิได้เป็นผลมาจากพฤติกรรมซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างน้อยได้วิเคราะห์ปัญหาในคดีนี้และแสดงความเห็นแย้งไว้อย่างน่าฟังว่าการที่ศาลพิพากษาเช่นนี้ เท่ากับพิพากษาให้ภาระความเสี่ยงจากการที่เรือกลไฟที่ตกลงกันไว้เดินทางมาไม่ถึงจุดส่งของตามเวลาที่กำหนดนั้นตกอยู่กับฝ่ายผู้ซื้อซึ่งไม่น่าสงสัยว่าเป็นธรรมชาติแล้วหรือ ในเมื่อฝ่ายผู้ขายเป็นฝ่ายเลือกที่จะส่งของที่ตกลงขายไปกับเรือลำใดและผู้ขายก็เป็นฝ่ายที่รู้ตำแหน่งที่ตั้งของเรือและเป็นผู้เช่าเรือในการทำขนส่งสินค้ารายนี้

หลักกฎหมายในคดี Taylor v. Caldwell นี้ได้กลายเป็นหลักที่ยอมรับกันแพร่หลายในที่สุด เมื่อได้มีการนำหลักนี้มาปรับใช้ในคดีงานพระราชพิธีบรมราชาภิเษก ในเวลาต่อมาคดี Krell v. Henry [1903]³⁴ ปรากฏว่าฝ่ายโจทก์ได้ให้ฝ่ายจำเลยเช่าห้องพักของตนเป็นเวลา 1 วัน เพื่อใช้ดูขบวนแห่ในพิธีบรมราชาภิเษกของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 7 แต่ปรากฏว่าพิธีบรมราชาภิเษกได้ยกเลิกไปฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญาเช่ารายนี้ได้ปฏิเสธที่จะชำระค่าเช่าและศาลก็ได้พิพากษายกฟ้องโจทก์โดยศาลได้ชี้ไว้ด้วยว่าหลักในคดี Taylor v. Caldwell ย่อมนำมาปรับใช้ได้ทั้งในคดีที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะการสูญสิ้นไปของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาและในคดีที่การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้เป็นเพราะเหตุการณ์ หรือพฤติกรรมอันเป็นเงื่อนไขแห่งข้อตกลง (Express Condition) ไม่เกิดขึ้นหรือได้ระงับสิ้นไปแล้ว และเหตุเช่นนั้นเป็นเหตุอันเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้หรือเป็นรากฐานแห่งสัญญา แม้ในคดีนี้จะไม่ปรากฏว่าในการส่งหนังสือบอกกล่าวและเจรจาระหว่างกันนั้นคู่กรณีในสัญญาได้ตกลงกันอย่างแจ้งชัดว่าการเช่ารายนี้มีความมุ่งหมายเพื่อใช้สถานที่เข้าชมขบวนพระราชพิธีบรมราชาภิเษก แต่ศาลก็อาจนำเอาพฤติการณ์แวดล้อมมาประกอบการพิจารณาได้ว่าอะไรเป็นรากฐานแห่งสัญญา (Foundation of Contracts)

แต่ทว่าในคดีเกี่ยวกับขบวนแห่ในพระราชพิธีอีกคดีหนึ่ง คือ Herne Bay Steamboat v. Hutton [1903]³⁵ ปรากฏว่าศาลได้ตัดสินไปในทางตรงกันข้ามกล่าวคือการที่มีการยกเลิกพระราชพิธี

³⁴ Krell v. Henry [1903], 2 K.B. 740 คดีนี้เป็นที่มาของ Frustration of Purpose หรือกรณีที่มีการชำระหนี้ (ส่งมอบห้องเช่า) ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ กล่าวอีกอย่างก็คือการชำระหนี้ (ซึ่งมิได้พ้นวิสัย) กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ที่ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยหลังก่อหนี้.

³⁵ Herne Bay Steamboat v. Hutton [1903], 2 K.B. 683.

ไม่กระทบต่อความผูกพันตามสัญญาแต่อย่างใด ในคดีนี้ปรากฏว่าจำเลยได้ตกลงเช่าเรือของโจทก์ โดยกำหนดวันที่แน่นอน ทั้งนี้โดยระบุในสัญญาว่าเพื่อจะได้พากลุ่มนักท่องเที่ยวจำนวนหนึ่งนั่งเรือ ชมทิวทัศน์และริ้วขบวนเรือราชนาวิในพระราชพิธีบรมราชาภิเษกของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 7 และ ชมกองเรือของราชนาวิที่จอดเทียบอยู่ที่ปลายอ่าวด้วย แม้ในคดีนี้จะปรากฏว่าการแห่เรือพระราชพิธี จะเลิกล้มไปเพราะอาการประชวรเช่นกัน แต่ศาลก็ยังถือว่าผู้เช่ายังต้องผูกพันตามสัญญาเช่าต่อไป

ข้อแตกต่างระหว่างคดี *Herne Bay Steamboat v. Hutton* กับคดี *Krell v. Henry* นั้น น่าจะอยู่ที่ตรงที่ในคดีนี้แม้จะไม่มีริ้วขบวนเรือพระราชพิธี แต่ผู้เช่ายังสามารถเล่นเรือชมทิวทัศน์และ เที่ยวชมกองเรือราชนาวิที่จอดเทียบอยู่ได้ กล่าวได้ว่าสามารถบรรลุความมุ่งหมายแห่งสัญญาเช่าราย นี้ได้บางส่วน แม้ว่าจะไม่มีการแห่เรือพระราชพิธีก็ตาม นอกจากนี้ยังควรคำนึงถึงด้วยว่าฝ่ายโจทก์ ให้เช่าเรือเป็นปกติธุระทางการค้า และจัดเรือไว้ให้เช่าในหลายวาระและโอกาสตลอดทั้งปี คดีนี้จึง พอจะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายพิเศษของฝ่ายจำเลยผู้เช่าที่เจาะจงจะเช่าดูขบวนเรือพระราชพิธี ในครั้งนี้ หากได้เป็นสิ่งทีฝ่ายโจทก์ผู้ให้เช่าถือเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุนี้ความมุ่งหมาย ของฝ่ายผู้เช่าจึงมีลักษณะเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจฝ่ายเดียวไม่อาจถือได้ว่าเป็นรากฐานแห่งข้อตกลง ในสัญญาซึ่งต้องมีลักษณะเป็นความมุ่งหมายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย³⁶

แนวคำพิพากษาในคดีทั้งสองข้างต้นนี้ได้หลอมรวมกันจนกลายเป็นรากฐานของหลัก Doctrine of Frustration of Contracts ซึ่งได้รับการยอมรับกันมาตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และยังคงนำมาปรับใช้แก้คดีพันวิสัยทั้งในแง่พันวิสัยโดยพฤตินัยและโดยนิตินัย และในคดีที่ความ มุ่งหมายแห่งสัญญาจะดับสิ้นไปด้วย (เช่น กรณีในคดี *Krell v. Henry* เป็นต้น) รวมทั้งยังมีการนำไปใช้ในคดีที่เกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนเป็นเหตุให้การชำระหนี้ล่าช้าหรือเนื้อหา แห่งหนี้เปลี่ยนแปลงไปจนถึงขนาดให้การชำระหนี้นั้นกลายเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น แตกต่างไป จากที่คู่กรณีมุ่งหมายถึงในขณะทำสัญญา³⁷

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

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

³⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 60

กฎหมายมหาชน หรือมีศาลปกครองโดยเฉพาะ เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนย่อมต้องเสนอให้ศาลที่พิจารณาคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างคดีที่ถือเป็นพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้สิ่งที่เป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป และมีผลให้การชำระหนี้สิ้นสุดโดยหลัก Frustration เช่น ในคดี *Tatem Ltd. v. Gamboa*³⁸ มีข้อเท็จจริงว่ารัฐบาลเช่าเรือโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการขนส่งชาวฝรั่งเศสที่ติดค้างในสเปนกลับสู่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามหลักของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมาย Civil Law โดยมีระยะเวลาการเช่า 30 วัน คิดค่าเช่าวันละ 250 ฟรังก์ จนกว่าผู้เช่าจะส่งมอบเรือกลับให้เจ้าของเรือจริงๆ ต่อมาในระหว่างนั้นเรือที่ลำเลียงคนได้ถูกยึดโดยกลุ่มชาตินิยม และถูกกักไว้จนเลยวันที่ต้องส่งมอบเรือคืนกว่า 1 เดือน ผู้ให้เช่าจึงเรียกร้องค่าเช่าเรือในส่วนที่ส่งเรือคืนเลยวันครบกำหนด และรัฐบาลผู้เช่าอ้างว่าตนหลุดพ้นความรับผิดแล้ว เนื่องจากสัญญาสิ้นสุดโดยผลของ Frustration ตั้งแต่วันที่เรือถูกยึด ศาลในคดีนี้พิพากษาว่า เมื่อมีเหตุการณ์ที่เกิดจากภายนอกอันเป็นเหตุการณ์ที่ไปกระทบต่อวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่เป็นรากฐานของสัญญาถูกทำลายลง 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

³⁸ [1939 1 KB 132; (1938) 3 ALL E.R. 135.]

หากมีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้โดยเหตุการณ์นั้นทำให้การชำระหนี้เป็นสิ่งที่แตกต่างจากที่คู่สัญญาประสงค์ทำให้ ราคฐานของสัญญาเสื่อมเสียไป ซึ่งเป็นกรณีที่การชำระหนี้แม้สามารถยังกระทำได้ แต่การชำระหนี้จะเป็นอันไร้ประโยชน์แก่คู่สัญญา ซึ่งหากให้ปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปก็ไม่เกิดประโยชน์ใดๆ แก่คู่สัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นจึงให้สัญญาลิ้นผลโดยหลัก Frustration ได้

ดังนั้นจากการพิจารณาหลัก Frustration ของอังกฤษจะเห็นได้ว่าลักษณะของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาจะต้องเป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากันซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวจะต้องเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้และเป็นสิ่งที่ทำให้หากให้ยังชำระหนี้ตามสัญญากันต่อไป จะเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาประสงค์ร่วมกันให้เป็นสาระสำคัญหรือราคฐานของสัญญาอย่างรุนแรง 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 สภาkongเกรสจะตรากฎหมายควบคุมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐโดยมีคณะกรรมการควบคุมระหว่างรัฐ (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 การควบคุมการพาณิชย์ภายในมลรัฐเป็นอำนาจของมลรัฐ³⁹ ความแตกต่างระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) กับสัญญาทางแพ่งของสหรัฐอเมริกา⁴⁰

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

2) ผู้มีอำนาจทำสัญญา เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องได้รับมอบอำนาจเสียก่อน (Delegation of Power) ดังเช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF 1402 หนังสือรับการแต่งตั้ง (Certificate of Appointment) ซึ่งจะระบุข้อกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญา นอกจากข้อกำหนดที่กฎหมาย กฎ ระเบียบกำหนดไว้ สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเจ้าหน้าที่ผู้จะให้สิทธิแก่เอกชนจะต้องเป็นผู้มีอำนาจ เมื่อกล่าวถึงผู้มีอำนาจให้สิทธิต้องพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิระดับใด เช่น การให้สิทธิในระดับสหรัฐ ผู้มีอำนาจได้แก่ 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

³⁹ บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (2547). *สัญญาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา* (รายงานการวิจัย). หน้า 2-5.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 6-9.

4) กฎหมายที่ใช้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะแล้วแต่กรณีต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งกฎระเบียบซึ่งกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนต่างๆ ไว้มากมายเพื่อให้แน่ใจว่ารัฐได้ใช้เงินหรือทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการดังกล่าวอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ส่วนสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันส่วนใหญ่อยู่ภายใต้ Uniform Commercial Code เท่านั้น

5) ข้อกำหนดในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีรูปแบบแลข้อกำหนดในสัญญาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย หากขาดไปจะส่งผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ตามหลัก Christian Doctrine ซึ่งศาลได้วางหลักว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาขึ้นอยู่กับการณ์อยู่ซึ่งข้อกำหนดที่กฎหมายหรือกฎระเบียบในขณะทำสัญญากำหนดว่าต้องมี

เอกสิทธิของรัฐตามสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการโดยที่รัฐมุ่งหมายที่จะนำสินค้าและบริการนั้นมาใช้ประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างจึงต้องมีความยืดหยุ่นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการหรือความจำเป็นที่อาจเปลี่ยนแปลงไป จึงต้องมีการกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาในการที่จะเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างได้มากกว่าหรือแตกต่างจากที่สัญญาได้กำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างไปจากกรณีการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อสัญญาลักษณะเช่นนี้จะกำหนดให้รัฐมีเอกสิทธิหรือสิทธิพิเศษเหนือกว่าเอกชน โดยรัฐยังดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือสัญญาในบางประการ ข้อสัญญาดังกล่าวได้แก่⁴¹

1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Changes Clause) ข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิแก่รัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral) โดยมีต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับจ้างในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาตราบเท่าที่การเปลี่ยนแปลงนั้นยังอยู่ภายในขอบเขตของสัญญา (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

⁴¹ แหล่งเดิม, หน้า 54-61.

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

สำหรับสัญญาการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) รัฐมีเอกสิทธิในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตโดยคณะกรรมการควบคุมจำเป็นต้องควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดเพื่อจุดมุ่งหมายดังนี้⁴²

1) ป้องกันการค้ำกำไรเกินควรและการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาต่อลูกค้าหรือสถานที่อย่างไม่เป็นธรรม โดยการควบคุมอัตราค่าบริการ (Rate Regulation)

2) พยายามรองรับว่าจะมีรายได้ที่เพียงพอสำหรับผู้ประกอบกิจการบริการสาธารณะจะสามารถดำเนินการพัฒนาและขยายธุรกิจต่อไปเรื่อยๆ ตามความต้องการของประชาชน แต่ไม่ได้รวมถึงรับประกันผลกำไรที่จะได้รับโดยการควบคุมอัตราผลตอบแทนการลงทุน (Rate Return) ผลตอบแทนการลงทุน คือ จำนวนเงินซึ่งกิจการบริการสาธารณะได้รับมากกว่าค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเป็นร้อยละของฐานอัตราค่าบริการคณะกรรมการควบคุมจะกำหนดผลตอบแทนการลงทุนที่เหมาะสมที่ผู้ประกอบการจะได้รับเพื่อมิให้แสวงหากำไรเกินควร

3) ดูแลให้มีการให้บริการแก่ลูกค้าในจำนวนที่มากที่สุด

4) สนับสนุนการพัฒนาอุตสาหกรรมโดยออกแบบโครงสร้างอัตราค่าบริการ อุดหนุนแก่บริการสาธารณะในส่วนท้องถิ่นโดยสภากรรณการด้วย

5) ดูแลเกี่ยวกับความปลอดภัยและประสิทธิภาพของการจัดการ

3.4.2 การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมีอาจคาดหมายได้

กฎหมายอเมริกันใช้คำว่า Impracticability ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า Impossibility ซึ่งหมายถึงเป็นการพ้นวิสัยที่หมายถึงเหตุที่ไม่อาจทำลงได้ หรือการชำระหนี้ที่ไม่เหมาะสมและคำว่า Frustration ในระบบกฎหมายอเมริกัน มีความหมายแตกต่างจากระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่เพียงกรณีพ้นวิสัย แต่กฎหมายอเมริกันหมายถึงกรณีที่พฤติการณ์เปลี่ยนไปเป็นเหตุให้การรับชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์หรือไม่สมความมุ่งหมาย⁴³

⁴² แหล่งเดิม. หน้า 64-65.

⁴³ กิตติศักดิ์ ปกรติ ก เล่มเดิม. หน้า 73.

หลักที่คู่สัญญาอาจหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาในกรณีที่มีการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด ที่ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นความยากลำบากอย่างมากแม้ว่าการชำระหนี้ยังคงทำได้ก็ตาม (Remaining Physically Possible) ซึ่งหลักนี้เรียกว่า “Commercial Impracticability”⁴⁴ โดยปรากฏอยู่ใน section 261⁴⁵ ของ U.S. Restatement (Second) of Contracts ในเรื่อง “Discharge by Impracticability” ซึ่งถ้าการชำระหนี้ของคู่สัญญากลายเป็นสิ่งที่ยากลำบากอย่างมากเนื่องจากการเกิดขึ้นของเหตุการณ์โดยไม่ใช้ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายนั้น การชำระหนี้ของคู่สัญญาจะถูกปลดปล่อยโดยคำว่า “Impracticability” ซึ่งหมายถึง ภาระหรือความยากลำบากอย่างไม่เหมาะสมและอย่างมาก (Extreme and Unreasonable Difficulty) ในการปฏิบัติการชำระหนี้และรวมถึงกรณีเรื่องค่าใช้จ่ายหรือการบาดเจ็บหรือตายของคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น การขาดแคลนวัตถุดิบเนื่องจากมีสงคราม การห้ามค้าขายระหว่างประเทศ (Embargo) หรือพืชผลเสียหาย ฯลฯ เป็นเหตุให้มีการเพิ่มขึ้นของราคา⁴⁶

นอกจากนี้ในสัญญาซื้อขาย การชำระหนี้จะเป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ยากในทางการค้า (Commercial Impracticability) หรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากใน section 2-615⁴⁷ ของ Uniform Commercial Code (U.C.C.) โดยผู้ขายจะได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบในการส่งมอบสินค้าล่าช้า หรือการไม่ส่งมอบสินค้าเลยถ้าการชำระหนี้ของผู้ขายกลายเป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้ยากในทางการค้า โดยผู้ขายจะต้องพิสูจน์ว่ามีเหตุการณ์เกิดขึ้นมาโดยไม่คาดคิด หรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ (Contingency) และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญไม่อาจสันนิษฐานได้ในสัญญา (Thenon-

⁴⁴ G.H Treitel. (1994). Frustration and Force Majeure. p.239

⁴⁵ 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.”

⁴⁶ Op.cit. p. 238.

⁴⁷ 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

เหตุที่ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้สูงขึ้นไม่อาจนับว่าเป็นเหตุที่ทำให้การชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้หรือ impracticability แต่อย่างใด แต่กรณีดังกล่าวนี้ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้น หรือที่ยิ่งไปกว่านั้นก็คือขึ้นอยู่กับว่ากรณีนั้นๆ คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ต้องรับความเสี่ยงจากการเกิดเหตุการณ์เช่นนั้น ตัวอย่างเช่น การที่ราคาวัตถุดิบเปลี่ยนแปลงไปนั้น ปกติย่อมตกเป็นความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องจัดหาวัตถุดิบมาชำระหนี้ หรือกรณีที่แหล่งสินค้าที่หมายตาไว้เกิดถูกปิดหรือสิ้นสลายไปเพราะเหตุการณ์ที่นอกเหนือความคาดหมาย แต่ยังคงจะหาสินค้าดังกล่าวจากแหล่งอื่นได้ เพียงแต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเท่านั้น หรือกรณีที่ฝ่ายใดสัญญาว่าจะจัดส่งสินค้าไปยังสถานที่แห่งใด ดังนั้นฝ่ายนั้นย่อมต้องผูกพันที่จะส่งสินค้าไปยังสถานที่ตกลงกัน แม้ในกรณีที่การขนส่งประสบอุปสรรคไปใช้เส้นทางอื่นซึ่งไกลกว่าหรือเสียค่าใช้จ่ายมากกว่า เพราะเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปโดยมิได้คาดหมายด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีที่เกิดมีเหตุการณ์นอกเหนือความคาดหมายถึงขนาด (นอกเหนือขอบเขตความเสี่ยงอันพึงมีตามสัญญา) จริงๆ กรณีย่อมแตกต่างออกไป เช่น เกิดสงคราม เกิดการปิดล้อมเส้นทางหรือเกิดเหตุพิภพภัยในฤดูการเก็บเกี่ยว จนเป็นเหตุให้สินค้าแพงขึ้นอย่างยิ่ง หรือเกิดอุปสรรคในการจัดหาสินค้าเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้น⁴⁸

การชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในกรณีเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นการผิดสัญญาตามที่ระบุไว้ในข้อกำหนดการยกเลิกสัญญาใน The Federal Acquisition Regulation หมวด 52.249-8 (c) ได้แก่ เหตุสุดวิสัย 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) กำหนดว่าเหตุยกเว้นการผิดสัญญาต้องเป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ (Unforeseeable) ซึ่งผู้รับจ้างต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาทราบภายใน 10 วัน เมื่อเกิดเหตุที่ทำให้เกิดความล่าช้า⁴⁹

⁴⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม, หน้า 71-72.

⁴⁹ แหล่งเดิม, หน้า 111.

การชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) มี 2 กรณี⁵⁰

1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจทำการแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีต้องได้รับความเห็นชอบจากเอกชนผู้รับจ้าง 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 และค่าใช้จ่ายอื่นที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการจัดเตรียม Settlement และข้อมูลประกอบค่าใช้จ่ายในการยกเลิกสัญญาช่วง ค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บสินค้า การเดินทางรวมทั้ง

⁵⁰ 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 การนำหลักการตัดสินใจในเชิงธุรกิจมาใช้ซึ่งจะแตกต่างจากการใช้หลักเกณฑ์ทางกฏวิธีที่เข้มงวด

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจพิจารณาให้กำไรแก่ผู้รับจ้างสำหรับสิ่งที่ผู้รับจ้างได้จัดเตรียมดำเนินการไปแล้วหรือได้กระทำเสร็จสิ้นไปแล้ว (Profit on preparation made and done) ก็ได้ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท (Settlement expenses) ตลอดจนผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับหรือค่าเสียหายที่ใกล้เคียงเหตุ (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

สำหรับการชดเชยค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) การจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะไม่มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด แต่มีกรณีที่รัฐต้องชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับใบอนุญาต ดังนี้⁵¹

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

⁵¹ 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 ให้อำนาจประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาในการออกคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงผู้ถือใบอนุญาตเพื่อให้สหรัฐมีสิทธิจะเข้าครอบครองโครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวเพื่อวัตถุประสงค์ในการผลิตในเขตรัฐ วัตถุประสงค์ ยุทธประโยชน์ หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประเทศภายในระยะเวลาที่ประธานาธิบดีเห็นว่าจำเป็นเพื่อบรรลุดังกล่าว 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 (Puissance publique) ของรัฐ นอกจากการออกคำสั่งทางปกครอง (Acte unilatéral) แล้ว รัฐอาจใช้มาตรการอย่างอื่นเพื่อให้การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของรัฐ มาตรการอย่างอื่นนั้น คือ การเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญา และสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ได้แก่ สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) ในความหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ (Personne publique) กับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งโดยทั่วไปสัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (Clauses exorbitantes du droit commun)⁵² ดังนี้

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

2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งที่ชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

3) เนื้อหาของสัญญาในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดี ในกรณีที่สถานการณ์ทางเศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวนี้ด้วย เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยตลอด

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2542, เมษายน). “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดย M. Philippe Turguet de Beauregard.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 18 (1). หน้า 2.

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองในฐานะเครื่องมือของบริการสาธารณะที่ดีจะต้องเปลี่ยนแปลงไปเกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริง ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ จึงเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งเมื่อมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญา โดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ยากเนื่องจากลักษณะของสัญญาแพ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแน่นอนตายตัว ต่างกับสัญญาทางปกครองซึ่งแม้จะมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้วก็ตาม แต่ภายหลังอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เสมอ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือข้อความในสัญญาระบุให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม หรือดำเนินการหรือออกมาตรการในการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ สำหรับหลักความต่อเนื่องบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการต่อไปเมื่อเอกชนไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

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

1) สัญญาสัมปทาน หากพิจารณาจากการบัญญัติของกฎหมายที่มีการแยกสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติออกเป็นสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งต่างหากแล้วสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานจึงน่าจะหมายความว่า “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” เท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงการที่รัฐให้อนุญาตแก่เอกชนเข้ามารับสัมปทานจากรัฐของประเทศไทยนั้น 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 ไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็จะถูกจัดอยู่ในกลุ่มของสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาที่ให้อำนาจ

2) สัญญาที่ให้อำนาจบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้อำนาจเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่น สัญญาจ้างให้อำนาจเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร หรือการปฏิบัติราชการ ต่างก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ดังนั้นการที่สัญญาจ้างให้อำนาจเข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนรัฐ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้อำนาจเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ อันถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

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

4) สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐฝ่ายปกครองอนุญาตให้อำนาจเข้ามาดำเนินการเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่โดยธรรมชาติ เช่น การเก็บรังนกนางแอ่น การทำเหมืองแร่ การตัดไม้ เป็นต้น แต่อย่างที่เคยกล่าวไว้แล้วว่า การให้อำนาจแก่เอกชนดำเนินการในลักษณะดังกล่าว รัฐฝ่ายปกครองได้ให้การอนุญาตแก่เอกชนในรูปแบบของสัญญาสัมปทาน ดังนั้น สัญญาที่ให้อำนาจ

เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย เช่นเดียวกันกับสัญญาทางปกครองประเภทแรกดังที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่า สัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐเพื่อประโยชน์ของตัวผู้รับสัมปทานเองโดยรัฐจะได้ประโยชน์ตอบแทนจากการดำเนินการดังกล่าวในลักษณะของค่าสัมปทานรายปี การดำเนินกิจการดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐแต่อย่างใด การให้สัมปทานประเภทนี้จึงมีความแตกต่างจากสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

นอกจากประเภทของสัญญาทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองยังจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 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 สัญญาทางปกครองนั้นโดยสภาพจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงสัญญาทางปกครองตามนัยดังกล่าว หากพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเข้ามาดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองในกรณีนี้จะมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากลักษณะของสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือ

2) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ ข้อเอกลักษณ์ดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

โดยเนื้อหาของสัญญาทางปกครองในลักษณะนั้นจะไม่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง แต่จะปรากฏในข้อกำหนดของสัญญาที่มีการกำหนดข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐเอาไว้ และมีข้อแม้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญาเกี่ยวกับการรับทุนการศึกษาต่างๆ เป็นต้น

จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) สัญญาดังกล่าวจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ
- 2) สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
- 3) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง
- 4) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ 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 จึงต้องพิจารณาตามที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵³ โดยนอกจากกรณีที่มีการนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์ ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับแรกที่ศาลจะต้องหยิบยกมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท ตามที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แล้วมีประเด็นปัญหาว่า ในกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาและหากให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดจะไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาอีกฝ่าย และกรณีนี้ก็มีใช้การชำระหนี้เป็นอันพั่ววิสัย และไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจะสามารถหยิบหลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติถึงบ่อเกิดของกฎหมายและการอุดช่องว่างกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ในกรณีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลจะต้องนำบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ก่อน เมื่อไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร จึงต้องวินิจฉัยคดีไปตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และหากยังไม่มีจารีตประเพณีดังกล่าวก็ต้องวินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) และถ้าไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะนำมาปรับใช้ได้ ต้องวินิจฉัยคดีไปตามหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอย่างไรจะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มีแนวความเห็นเป็น 2 ทาง⁵⁴ คือ

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

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ขกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.”

⁵⁴ สมยศ เชื้อไทย. (2550). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. หน้า. 90 – 91.

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

ดังนั้น หลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus จึงเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ได้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรคลอบจุลประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาและหนี้ แต่มีข้อสังเกตว่า หากหลัก Clausula rebus sic stantibus ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การปรับใช้หลัก Clausula rebus sic stantibus ก็ต้องเป็นไปตามมาตรา 4 คือ ต้องนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้บังคับก่อน ซึ่งจากการพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น⁵⁵ มาตรา 531 ซึ่งรับรองสิทธิแก่ผู้ให้ในการเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับการให้ประพฤติน่ารุณ หรือมาตรา 662 กำหนดข้อยกเว้นให้ผู้รับฝากซึ่งรับฝากโดยมีกำหนดเวลาอาจคืนทรัพย์สินที่รับฝากก่อนถึงเวลาที่กำหนดได้หากมีเหตุจำเป็นอันอาจก่อล่วงเสียได้ หรือมาตรา 1057 ซึ่งรับรองให้ผู้เป็นหุ้นส่วนร้องขอให้ศาลสั่งเลิกห้างหุ้นส่วนได้ เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่ความคงอยู่ของห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นอันไร้ประโยชน์แก่ผู้เป็นหุ้นส่วน หากทำต่อไปก็มีแต่ขาดทุนโดยไม่มีทางกลับฟื้นตัวได้ หรือมีเหตุให้ห้างหุ้นส่วนนั้นเหลือวิสัยที่จะคงอยู่ต่อไปได้ หรือมาตรา 1442 และ 1443 ที่กฎหมายยอมให้ชายและหญิงคู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้เมื่อมีเหตุสำคัญเกิดแก่หญิงและชายคู่หมั้นของตน เป็นต้น ซึ่งมีใช่เป็นการพันวิสัยที่จะให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา

⁵⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม, หน้า 53.

ในกรณีของการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย สามารถแยกเป็น 2 ประเภท⁵⁶ ได้แก่

1) กรณีการชำระหนี้เป็นพันวิสัยในทางอัตตะวิสัย หรือ Subjective Impossibility ซึ่งหมายถึง การพันวิสัยที่เกิดขึ้นกับเฉพาะตัวของลูกหนี้เองเท่านั้นที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ภายหลังจากที่ก่อหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำของตัวลูกหนี้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษเฉพาะตัวลูกหนี้ หรือเป็นกรณีที่เจาะจงให้ลูกหนี้ต้องเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ ตามมาตรา 219 วรรคสอง

2) กรณีการชำระหนี้เป็นพันวิสัยทางภาวะวิสัย หรือ Objective Impossibility ซึ่งหมายถึง กรณีการพันวิสัยในการชำระหนี้เป็นการพันวิสัยต่อบุคคลทั่วไปไม่เฉพาะแต่ตัวลูกหนี้ หรือบางคนเท่านั้น เช่น กรณีที่ทำสัญญาซื้อขายบ้านกัน และต่อมาภายหลังทำสัญญาเกิดไฟไหม้บ้านหลังที่ขาย ซึ่งในกรณีนี้ไม่ว่าเป็นใครก็ถือเป็นการพันวิสัยที่จะส่งมอบหรือโอนกรรมสิทธิ์ในบ้านที่ขายได้อีกต่อไป

ผลในทางกฎหมายการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ หรือกรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปจากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลไทยเท่าที่มีการเผยแพร่ ไม่ปรากฏว่าได้มีการตัดสินคดีโดยมีการอ้างหลักกฎหมายเรื่อง Clausula Rebus Sic Stantibus โดยตรงซึ่งแนวคำพิพากษากฎีกาของไทยที่ปรากฏส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่เป็นเรื่องคล้ายหรือใกล้เคียงกับหลักนี้ โดยจะเป็นกรณีของการตัดสินคดีโดยใช้หลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ที่กลายเป็นพันวิสัย ตามมาตรา 219 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นหลักกฎหมายหนึ่งซึ่งใช้เป็นข้อแก้ตัวของลูกหนี้ที่จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ หากการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยที่จะกระทำได้ เนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญา และเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้การชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้และไม่อาจมีการบังคับให้ต้องชำระหนี้ อันเป็นเหตุให้ลูกหนี้สามารถใช้เป็นข้ออ้างที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาจะเห็นได้ว่า กรณีที่เป็นกรณีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญายังสามารถที่จะปฏิบัติต่อกันได้อยู่ แต่ภายหลังจากทำสัญญามีเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าเกิดขึ้น และกระทบต่อสิ่งที่คู่สัญญาต่างคาดหวังหรือสันนิษฐานว่าจะได้รับจากสัญญาหรือกระทบต่อความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ของคู่สัญญาซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานประการหนึ่งของคู่สัญญาอันทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหรือความเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายมาก่อน

⁵⁶ จิต เศรษฐบุตร. (2548). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้*. หน้า. 28 – 29.

หรือทำให้การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์เท่านั้น ไม่ได้ส่งผลให้การชำระหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้อย่างเด็ดขาดแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นคุณละกรณีกับเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย เช่น สามารถพิจารณาได้จากกรณีการเช่าห้องเพื่อค้ำขบวนพิธี โดยมีวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาต่างรู้ร่วมกันว่าเป็นไปเพื่อได้ค้ำขบวนพิธี และต่อมาเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายขึ้น โดยขบวนพิธีถูกยกเลิกไปเช่นนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ห้องที่เช่าคือทรัพย์สินตามสัญญาไม่ได้สูญหายหรือถูกทำลายไป แต่ยังสามารถใช้ได้ตามปกติ ทั้งได้ส่งมอบห้องเช่าให้แล้ว จึงไม่เป็นเรื่องที่มีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย แต่เป็นกรณีที่ผู้เช่าไม่สามารถใช้ห้องเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาต่างสันนิษฐานว่าจะได้รับจากสัญญา หรือกรณีที่เกิดเหตุการณ์ภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรงภายหลังการทำสัญญา ทำให้ค่าของเงินตามสัญญาซื้อขายผ่อนระยะยาว แทบจะไม่มีค่าอะไร หากพิจารณาในเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ เพราะไม่เข้าเหตุที่จะอ้างเรื่องพ้นวิสัยได้ หรือกรณีที่ค่าเงินตกไปเป็นอย่างมากภายหลังการทำสัญญา จนเป็นเหตุให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จะนำหลักเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยแล้ว ในกรณีของหนี้เงินลูกหนี้ไม่สามารถที่จะอ้างได้ว่าการชำระหนี้ของตนกลายเป็นพ้นวิสัย ดังนั้นจากการพิจารณาในกรณีเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามหลักกฎหมายของไทยที่มีการบัญญัติไว้ จึงไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาได้หรือกรณีเกิดเหตุไม่อาจคาดหมายได้ ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชน โดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครองอยู่ในฐานะที่เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย กรณีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองจึงต้องศึกษาจากการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม กรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุหรือรากฐานของสัญญาตามกฎหมายไทยซึ่งไม่มีบทบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องนี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนในต่างประเทศ ดังนั้นเมื่อศาลปกครองจะวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทในกรณีนี้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิขอให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้หรือไม่ นั้น ศาลปกครองก็ย่อมต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้า หรือมีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาทางปกครองสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองแยกพิจารณาเป็นสิทธิในการเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและเอกชนสิทธิของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเลิกสัญญาตามหลักกฎหมายปกครองดังนี้

1) สิทธิในการเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งมี 2 กรณีใหญ่ๆ ดังนี้

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

(2) การเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาซึ่งกระทำโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงกรณีการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวไว้ในมาตรา 386 ถึงมาตรา 389 ซึ่งจากการพิจารณามาตรา 386⁵⁷ สามารถแยกพิจารณาการใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

ก. สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาเป็นกรณีที่ข้อตกลงของคู่สัญญาว่า หากมีการผิดสัญญาหรือมีการไม่ชำระหนี้เป็นอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นตามที่กำหนดในสัญญา ก็ให้สิทธิคู่สัญญาในการที่จะบอกเลิกสัญญาได้

ข. สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ และในกรณีของการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนกลายเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้

สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาในกรณีนี้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 387 และมาตรา 388 โดยมาตรา 387⁵⁸ เป็นกรณีที่เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งกรณีของมาตรา 387 เป็นสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิในการที่จะให้มีการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ เพราะปกติในกรณีที่มีการชำระหนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับให้มีการชำระหนี้ตามสัญญา โดยฟ้องร้องต่อศาลรวมทั้งเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ได้อยู่แล้ว แต่กฎหมายก็ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะเลิกสัญญาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญาที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วย สำหรับกรณีที่ไม่มีกรณีชำระ

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำได้ด้วยแสดงเจตนารมณ์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง.”

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระชาเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไว้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้.”

นั้นอาจเป็นการไม่ชำระหนี้อย่างสิ้นเชิงหรือเพียงบางส่วน หรือไม่ชำระหนี้ประธานหรือหนี้อุปกรณ์ ก็ได้⁵⁹ เช่น กรณีลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ดอกเบี้ยเงินกู้ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้นอกจากนี้การที่ไม่ชำระหนี้ที่จะทำให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้ จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีการชำระหนี้ในขนาดที่สมควรหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ คู่สัญญาจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้

สำหรับกรณีตามมาตรา 387 ที่ให้ต้องมีการบอกกล่าวให้ชำระหนี้ก่อน จึงจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากว่าในกรณีนี้ระยะเวลาในการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกับกรณีของมาตรา 388 กฎหมายจึงกำหนดให้มีการบอกกล่าวให้มาชำระหนี้ก่อนโดยกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการให้พอสมควร และหากไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าวจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ในกรณีการเลิกสัญญาที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 388⁶⁰ เป็นกรณีที่ในสัญญาได้แสดงถึงความมุ่งหมายของคู่สัญญาว่า ระยะเวลาหรือกำหนดเวลาในการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ และต่อมาลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดหรือระยะเวลานั้น มาตรา 388 ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ที่ในการที่จะเลิกสัญญาได้โดยมีต้องบอกกล่าวล่วงหน้า เพราะถือว่าระยะเวลาในการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญและการไม่ชำระหนี้ในระยะเวลาดังกล่าวถือว่าเป็นการแสดงเจตนาแน่วแน่แล้วว่าจะไม่มีการชำระหนี้

สิทธิเลิกสัญญากรณีการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนกลายเป็นพันธวิสัยโดยจะโทษลูกหนี้ได้ ตามที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 389⁶¹ ซึ่งการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยในกรณีของการพันธวิสัยบางส่วนมีประเด็นปัญหาว่า จะสามารถเลิกสัญญาบางส่วนได้หรือไม่ ในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยบางส่วนโดยจะโทษลูกหนี้ได้ แม้ส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้ยังเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้อยู่ เจ้าหนี้ก็ยังสามารถที่จะเลิกสัญญาได้ เพราะในสัญญาต่างตอบแทน หากลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้ของตนไม่เป็นผลโดยไม่มีข้อแก้ตัว ก็ไม่มีเหตุที่เจ้าหนี้จะต้องชำระหนี้ตอบแทนในส่วนของตนตามหลักในมาตรา 369 และจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้บางส่วนก็ไม่ได้ตาม มาตรา 320

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

⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388 บัญญัติว่า “ถ้าวัตถุที่ประสงค์ของสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็ดี หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระยะเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไว้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มีพักต้องบอกกล่าวดังว่าไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย.”

⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389 บัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพันธวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไว้แล้ว เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้.”

และในกรณีนี้มีนักกฎหมายมองว่าในกรณีที่หนี้ที่ยังอยู่ในวิสัยไม่เป็นอันรู้ประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ สำหรับปัญหาว่า การเลิกสัญญาในกรณีนี้จะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าให้ชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 387 หรือไม่ ในกรณีนี้มีความเห็นว่าไม่เป็นกรณีที่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวให้มาชำระหนี้ก่อน เนื่องจากเมื่อหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยแล้ว แสดงว่าลูกหนี้ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้อีก การบอกกล่าวให้ชำระหนี้ก่อนจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ⁶²

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 386 ถึงมาตรา 389 แล้วจะเห็นว่า เมื่อมีกรณีที่มิใช่ข้อสัญญาให้เลิกสัญญาได้ หรือมีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้น หรือการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ กฎหมายไม่ได้ให้สัญญาสิ้นสุดลงในทันทีโดยอัตโนมัติ แต่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการที่จะบอกเลิกสัญญาก่อนซึ่งตามมาตรา 386 ได้กำหนดถึงวิธีการบอกเลิกสัญญาว่า “ย่อมทำด้วยการแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง” ดังนั้นในกรณีการบอกเลิกสัญญาจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยสามารถกระทำโดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 391⁶³ ได้บัญญัติถึงผลของการสัญญาไว้ แต่อย่างไรก็ดีก่อนที่จะพิจารณาในเรื่องผลของสัญญาจะต้องมีการพิจารณาแยกลักษณะของสัญญาเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาผลของการเลิกสัญญาก่อน โดยเราสามารถแยกลักษณะของสัญญาตามอายุหรือระยะเวลาบังคับของสัญญาได้เป็น 2 ประเภท⁶⁴ คือ

ก. สัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียว ถือเป็นกรณีที่หนี้ที่ต้องชำระตามสัญญากระทำเพียงครั้งเดียวไม่ต้องกระทำซ้ำกันหลายครั้งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา เช่น สัญญาซื้อขายที่มีการโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อเพียงครั้งเดียวและผู้ซื้อก็มีหน้าที่

⁶² เสนีย์ ปราโมช. (2505). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2)*. หน้า 553.

⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 บัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่วันที่ได้รับความได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้นการที่จะขอใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตอบแทนก็ให้ทำตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่.”

⁶⁴ จิต เศรษฐบุตร. เล่มเดิม. หน้า 352 – 354.

ที่จะต้องชำระราคา และเมื่อดำเนินการแล้วสัญญาที่สิ้นสุดลง ซึ่งในกรณีนี้รวมถึงสัญญาซื้อขายเงินผ่อนที่ต้องมีการชำระหนี้หลายครั้ง แต่การโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินกระทำแค่ครั้งเดียวด้วย

ข. สัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง คือ เป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญาต้องกระทำหลายครั้งตามเวลาในสัญญา ซึ่งอาจเป็นเพราะในสัญญามีความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำ เช่น ในกรณีสัญญาเช่าทรัพย์สินที่ผู้ให้เช่ามีหนี้ที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่าเป็นระยะเวลาไป และผู้เช่าก็มีหนี้ที่จะต้องชำระค่าเช่าให้กับผู้ให้เช่าเป็นระยะเวลาไปเช่นเดียวกัน และยังรวมถึงสัญญาประเภทอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาหุ้นส่วน บริษัท เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีของสัญญาที่แม้มิได้ก่อความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำ แต่เป็นสัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติซ้ำๆ กันไปด้วย เช่น สัญญาที่จะรับหนังสือพิมพ์เป็นรายวัน โดยชำระราคาเป็นรายเดือน⁶⁵

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546 ศาลฎีกาได้ยอมรับว่าวิกฤติเศรษฐกิจ มีผลกระทบต่อลูกหนี้บางคน เป็นเหตุให้ใช้เงินซื้อแก้ตัวเมื่อไม่สามารถชำระหนี้ที่ตนมีต่อสถาบัน การเงินเหมือนเช่นปกติได้ แต่ศาลก็วางข้อจำกัดไว้ด้วยว่า จะถือวิกฤติเศรษฐกิจเป็นพฤติการณ์ ที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเสียทีเดียวไม่ได้ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป (แต่ในคดีดังกล่าว ศาลเห็นว่าข้ออ้างของลูกหนี้เรื่องวิกฤติเศรษฐกิจไม่อาจรับฟังเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากการ ชำระหนี้ได้) ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลไทยยึดถือหลักที่ว่า การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยมิได้ หมายความว่า เฉพาะกรณีที่พ้นวิสัยโดยเด็ดขาดเท่านั้น แต่ยังยอมรับแนวคิดว่าหากการชำระหนี้ จะก่อภาระแก่ลูกหนี้เกินควรคาดหมาย หรือไม่เป็นไปตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หรือ การบังคับให้รับชำระหนี้จะเป็นการไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ก็อนุโลมเข้าเป็นกรณีพ้นวิสัยได้ด้วย⁶⁶

2) เอกสิทธิของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเลิกสัญญาตามหลักกฎหมายปกครอง

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

⁶⁵ หน้าเดิม.

⁶⁶ กิตติศักดิ์ ปรัตติ ก เล่มเดิม. หน้า 56-57.

หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม⁶⁷ สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการ บริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมาก รัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชน กล่าวคือ⁶⁸

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 เนื่องจากกฎหมายแพ่งถือว่าไม่ใช่การชำระหนี้พิสัยที่จะทำให้เอกชนพ้นจากการชำระหนี้ ดังนั้น เอกชนยังคงต้องชำระหนี้ให้เป็นไปตามข้อสัญญาอยู่นั่นเอง แม้เอกชนจะล้มละลายก็ตาม

การที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Prerogative Exorbitantes) เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจาก

⁶⁷ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ ข เล่มเดิม, หน้า 155.

⁶⁸ 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 ให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เห็นประโยชน์แก่ทางราชการโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของทางราชการในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป”

นอกจากนี้ในปัจจุบันแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายใดๆ ที่รองรับการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษบางประการได้⁶⁹ กล่าวคือ

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

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

⁶⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. (ม.ป.ป.). *คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. สถาบันพระปกเกล้าและสำนักงานศาลปกครอง (รายงานการวิจัย). หน้า 276.

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง” 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” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองฝ่ายเดียว ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและไม่ต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งขัดกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องมีการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหายเนื่องจากการที่ต้องยอมสละประโยชน์บางอย่าง เพื่อส่วนรวม

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

จากบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยจากกรณีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510

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