บทที่ 4
ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้และแนวทางการแก้ไขปัญหา

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับมูลเหตุแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงในทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายภายหลังที่ได้ทำสัญญาทางปกครองแล้วและคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ อันมีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองทำให้การชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหากจะให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดต่อไปจะเป็นภาระเกินสมควรและไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหากไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายหรือการเยียวยาจากฝ่ายปกครอง

4.1 ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหายกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองพัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ 3 ประการ ได้แก่

1) หลักว่าด้วยการเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

สัญญาทางปกครองจะมีเงื่อนไขของสัญญาหรือบทยกเว้นของสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ดังนี้

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

2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ เนื่องจากวัตถุแห่งสัญญาเป็นสิ่งชี้วัดความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

3) เนื้อความของสัญญาในสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปจะมีข้อความที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปหรือมีข้อความยกเว้นไว้ เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ดี

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองในฐานะเครื่องมือของบริการสาธารณะที่ดีจะต้องเปลี่ยนแปลงให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพความเป็นจริง ตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ จึงเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งเมื่อมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญา โดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ยาก เนื่องจากลักษณะของสัญญาแพ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแน่นอนตายตัว ต่างกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้จะมีการลงนามในสัญญาและสัญญามีผลใช้บังคับกับคู่สัญญาตามข้อความในสัญญาแล้วก็ตาม แต่ภายหลังอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เสมอ โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไป เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือข้อความในสัญญาระบุให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุม หรือดำเนินการหรือออกมาตรการในการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ สำหรับหลักความต่อเนื่องบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าดำเนินการต่อไปเมื่อเอกชนไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

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

จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองมีอยู่ 4 ประเภท ได้แก่

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

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่น สัญญาจ้างให้เอกชนเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุแห่งสัญญาดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร หรือการปฏิบัติราชการ ต่างก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ดังนั้นการทำ

สัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนรัฐ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ อันถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

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

4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินกิจการเพื่อแสวงหาประโยชน์เอาจากทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่โดยธรรมชาติ เช่น การเก็บรังนกนางแอ่น การทำเหมืองแร่ การตัดไม้ เป็นต้น

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

1) จะต้องเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาทางปกครองตามนัยดังกล่าว หากพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเข้ามาดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองในกรณีนี้จะมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากลักษณะของสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือ

2) จะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ ข้อเอกสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า สัญญาใดจะถือเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) สัญญาดังกล่าวจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ

2) สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

3) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

4) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องเพื่อให้บรรลุผล

กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ซึ่งเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือกรณีที่ศาลปกครองที่วินิจฉัยว่ากรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเป็นไปด้วยความยากลำบาก และเป็นภาระเกินสมควรเกินกว่าคู่สัญญาจะคาดหมายได้ไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาจะเป็นการพ้นวิสัยที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปถึงกับต้องล้มละลายหรือต้องเป็นผู้ทิ้งงานย่อมมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง และกรณีที่มีกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาภายหลังที่ได้ทำสัญญาทางปกครองไปแล้วมีผลทำให้ข้อตกลงในสัญญาขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือมีข้อขัดข้องหรือเป็นภาระเกิน

สมควรกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ศาลปกครองวินิจฉัยปัญหาว่าศาลมีมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาได้ซึ่งผลจากการศึกษาพบปัญหาที่ ดังนี้

4.1.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

จากแนวความคิดการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองซึ่งหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เช่น การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือการยกเลิกสัญญาซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองเหล่านี้เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครอง จึงเป็นที่มาของการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองกับเอกชนได้ทำสัญญาขึ้น โดยมีผลผูกพันหรือเกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นตามกฎหมาย เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาทางแพ่งนั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ลงนามในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้เรียกร้องแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ในสัญญาทางปกครองสัญญามิได้มีผลผูกพันเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามในสัญญา เพราะเจ้าหน้าที่กระทำการในนามของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่มิได้กระทำการในฐานะส่วนตัว สัญญาจึงมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐแม้เจ้าหน้าที่จะพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้วก็ตาม[1] สัญญาทางปกครองมีหลักการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐดำเนินการเพื่อประชาชนจำนวนมากรัฐจึงต้องมีทั้งอำนาจและภาระหน้าที่เพิ่มจากเอกชน กล่าวคือ[2]

ประการแรก ถ้าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป รัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้อย่างเหมาะสม แต่รัฐต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนที่ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอันเป็นความแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน เนื่องจากคู่สัญญาเอกชนฝ่ายหนึ่ง

---

[1] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 155.

[2] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 23.

จะแก้ไขสัญญาโดยเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะต่างก็ทำเพื่อกำไรหรือผลประโยชน์ของตนทั้งสิ้น

ประการที่สอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองผิดสัญญา เอกชนจะหยุดทำตามสัญญาหรือเลิกสัญญาทันทีไม่ได้ เนื่องจากบริการสาธารณะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะผู้เสียหายคือมหาชน เอกชนสามารถฟ้องศาลและเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ซึ่งต่างกับสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยอมให้คู่สัญญาหยุดปฏิบัติตามสัญญาได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนตนอันมิได้กระทบต่อประโยชน์มหาชน

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

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

นอกจากนี้ในปัจจุบันแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายใดๆ ที่รองรับการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษบางประการได้[3] กล่าวคือ

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

(1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง

(2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจกรรมที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร

(3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการให้สิทธิแก่หน่วยงานทางปกครองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อที่สัมปทานได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่มีเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้

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

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรตามวรรคหนึ่ง ผู้ถืออาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ มิได้” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

---

[3] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 276.

และไม่ต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้เอกชนคู่สัญญา ซึ่งขัดกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องมีการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหายเนื่องจากการที่ต้องยอมสละประโยชน์บางอย่างเพื่อส่วนรวม

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

จากบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยจากกรณีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510

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

ส่วนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ปรับปรุงบริการสาธารณะให้ตอบสนองกับความต้องการของประชาชน เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาก็จะที่ได้รับการพิจารณาชี้ขาดระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกรณีการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ตัวอย่าง ดังนี้

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

กันดินพังเพื่อให้การก่อสร้างถนนตามสัญญาสามารถดำเนินการต่อไปไ ด้ ด้วยเหตุที่ระหว่างการก่อสร้างถนนได้เกิดการทรุดตัวของดินด้านข้างถนนไหลเลื่อนลงคลองซึ่งจะทำให้ถนนชำรุด เสียหาย ศาลเห็นว่า การสั่งให้ผู้รับจ้างทำการก่อสร้างเขื่อนกันดินพังเพื่อป้องกันการทรุดตัวของดิน และสามารถก่อสร้างถนนต่อไปได้นั้น ถือได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา และงานพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำนั้นอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากหากไม่ทำการก่อสร้างเขื่อนกันดินพังเสียก่อน ก็จะไม่สามารถสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้ การสร้างเขื่อนกันดินพังจึงเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไป แห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำได้ตามสัญญา และข้อตกลงเรื่องการสร้างเขื่อน กันดินพังย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ แม้จะเป็นการตกลงกัน ด้วยวาจา ไม่มีการทำสัญญา เป็นหนังสือก็ตาม แต่ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้นผู้รับจ้างจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามและเมื่อทำการก่อสร้างเขื่อนเสร็จก็มีสิทธิที่จะได้รับชำระค่าจ้าง เป็นการตอบแทน และเนื่องจากในการสั่งให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเขื่อนกันดินพัง ผู้ถูกฟ้องคดีได้จัดทำ แบบแปลนและคำนวณราคาค่าก่อสร้างเขื่อนไว้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ยอมรับและทำการก่อสร้างเขื่อน ตามคำสั่ง กรณีจึง เป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงราคาค่าจ้างสำหรับงานพิเศษดังกล่าวกันไ ด้ จึงต้อง บังคับไปตามข้อตกลงนั้น ศาลพิพากษาให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองชำระค่าจ้างก่อสร้างเขื่อน กันดินพังให้แก่เอกชนคู่สัญญาจะเห็นได้ว่าคดีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อสัญญาสั่งให้ ผู้ฟ้องคดีทำงานเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากความจำเป็นในการก่อสร้างถนนอันเป็นประโยชน์สาธารณะซึ่งศาลมองว่า กรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญา จ้างทำของ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามสัญญาที่ตกลงกัน กล่าวคือเป็นการจ่ายเงินตามสัญญา มิใช่การชดเชยความเสียหายเนื่องจากการใช้อำนาจของ คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะฐานอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าว มีที่มาจากข้อสัญญานั่นเอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาในกรณีนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

ในสัญญารับจ้างก่อสร้างถนน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างเขื่อนกันดินพังเพื่อป้องกันการทรุดตัวของดิน และสามารถก่อสร้างถนนต่อไปได้เป็นสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในข้อสัญญา และงานพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำนั้นอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว หากไม่ทำการก่อสร้างเขื่อนกันดินพังเสียก่อน ก็จะไม่สามารถสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปไ ด้ การสร้างเขื่อนกันดินพังจึงเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไป แห่งวัตถุประสงค์

ของสัญญาที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำได้ตามสัญญา และข้อตกลงเรื่องการสร้างเขื่อน กันดินพังย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลจึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชน

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชนได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อน ค.ส.ล. ราวเหล็กและบันไดเหล็กจากเขื่อนจุดเดิมถึงจุดที่กำหนดให้กับกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดี) แต่ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถไล่รื้อบ้านที่รุกล้ำพื้นที่ก่อสร้างออกไปได้ และไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าอุปสรรคจะสิ้นสุดลงเมื่อใด ประกอบกับงบประมาณในการก่อสร้างเขื่อนตามสัญญานี้ได้ถูกสภากรุงเทพมหานคร ตัดไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้างอีกต่อไป ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้อาศัย อำนาจตามข้อ 19 ของสัญญาที่ให้อำนาจผู้ว่าจ้างที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติม หรือลดงาน จากแบบรูปและรายการละเอียด ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีมาทำการตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลงลดเนื้องานและวงเงินก่อสร้าง แต่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงถือว่าผู้ฟ้องคดีผิดสัญญาจ้างและบอกเลิกสัญญาผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยข้อสัญญาและข้อกฎหมายจึงฟ้องต่อศาลปกครองขอค่าสินไหมทดแทน ซึ่งศาลเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ในการก่อสร้างได้ และผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้างได้ต่อไปจึงแจ้งบอกเลิกสัญญานั้นมิใช่กรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะทำงานไม่แล้วเสร็จ ภายในเวลาหรือผู้ฟ้องคดีดำเนินการไม่ถูกต้องตามสัญญาประการใดประการหนึ่ง การบอกเลิกสัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและการที่ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาไม่ได้ว่าจะเป็นเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปและรายการละเอียดตาม สัญญาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญานั้น เป็นกรณีที่สัญญาดังกล่าว มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่การแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นการลดเนื้องานก่อสร้างเขื่อนลง ทำให้ประโยชน์ในการก่อสร้างเขื่อนเพื่อป้องกันดินริมตลิ่งทรุดและน้ำท่วมบ้านเรือนราษฎรลดลงจากเดิมอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญา เปลี่ยนแปลงลดงานก่อ สร้างดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา คดีดังกล่าว ศาลได้วางหลักไว้ว่าการใช้เอกสิทธิ์ (ตามข้อสัญญา) ในการแก้ไขสัญญา ฝ่ายเดียวนั้นต้องกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่คดีนี้การที่สัญญาไม่อาจปฏิบัติให้บรรลุผลได้เนื่องจากความบกพร่องของหน่วยงานเอง และการบอกเลิกสัญญาก็มิได้ เป็นไปเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลอีกด้วยซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะฟ้อง

คดีต่อศาล เพื่อขอค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ หากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและแม้จะเป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตามคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็น่าจะต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญาเปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างดังกล่าวจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญาที่ทำให้การดำเนินการเพื่อจัดทำสาธารณะให้มีประสิทธิภาพและประโยชน์การให้บริการสาธารณะลดลง มิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา

3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 กรณีกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชย์นาวีได้ดำเนินการก่อสร้างท่าเทียบเรือตำมะลัง จังหวัดสตูล เพื่อให้บริการรับส่งผู้โดยสารนักท่องเที่ยว และรองรับโครงการพัฒนาเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย โดยให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เข้าดูแลบริการชั่วคราวจนกว่ากรมธนารักษ์จะพิจารณากำหนดเงื่อนไขการจัดให้เช่าและเงื่อนไขการประมูลหาผู้เช่าช่วงเสร็จเรียบร้อยแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการชั่วคราวแทนโดยจัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงระหว่างกัน ต่อมา ผู้ถูกฟ้อคดีที่ 1 ได้มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีขอยกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือตำมะลัง และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการส่งมอบท่าเทียบเรือคืน เนื่องจากเห็นว่าค่าตอบแทนที่ได้รับเป็นอัตราที่ต่ำมากและไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง รวมทั้งเกิดปัญหาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการบริหารจัดการ และนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ตั้งเป้าหมายด้านการท่องเที่ยวไว้ว่าจะพยายามเพิ่มนักท่องเที่ยวโดยได้เสนอโครงการต่อนายกรัฐมนตรี ของบประมาณมาปรับปรุง สภาพภูมิทัศน์บริเวณท่าเทียบเรือตำมะลังแล้วซึ่งคาดว่าจะได้รับการจัดสรร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารท่าเทียบเรือเป็นการชั่วคราวเอง โดยผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือ คำสั่งยกเลิกการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการบริหารจัดการท่าเทียบเรือ ดังกล่าวต่อไปซึ่งศาลเห็นว่า การบอกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการบอกเลิกเพื่อให้อายุของข้อตกลงสิ้นสุดลงตามข้อ 1.3 (ก) ที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือ ตำมะลังชั่วคราวโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ในการแจ้งเลิกข้อตกลงไว้ และผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆ ไม่ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา อันเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนหรือ เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้ก็ด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการ

สาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ความเสียหายให้ด้วย โดยศาลเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการทำผิดข้อตกลงของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด และเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงที่พิพาทที่เป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการ สาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยจะเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอันเป็นไปตามข้อตกลงที่พิพาทข้อ 1.3 (ก) ดังนั้น การแจ้งเลิกข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยชอบ ส่วนค่าเสียหายนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติผิดสัญญาประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิม เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว โดยตามข้อตกลงผู้ดำเนินการบริหารท่าเทียบเรือจะต้องจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือที่จำเป็นต่อประสิทธิภาพและ ความต้องการในการประกอบกิจการเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่มีอยู่ดังนั้นผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์และเครื่องมือที่จำเป็นแก่การบริการนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายฟ้องว่ามีทรัพย์สินรายการใดบ้างและคิดค่าเสียหายส่วนนี้เป็นจำนวนเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงไม่อาจกำหนดให้ได้ส่วนค่าเสียหายที่ใช้ในการปรับปรุงต่อเติมท่าเทียบเรือนั้นข้อตกลงดังกล่าวมิได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ทำการปรับปรุงต่อเติมท่าเทียบเรือแต่อย่างใด การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิ โดยชอบตามข้อตกลง และถือเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเอง จึงไม่มีความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยให้จากการใช้อำนาจแจ้งเลิกข้อตกลงดังกล่าวแต่อย่างใด คดีดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาเอกชน ไม่ได้กระทำผิดสัญญาและไม่อาจเรียกค่าเสียหายใดๆได้ ซึ่งเป็นการบอกเลิกตามข้อกำหนดในสัญญานั้น แม้ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่ได้ระบุเงื่อนไขที่ ฝ่ายปกครองจะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเช่นนี้ได้ แต่ศาลก็เห็นว่าต้องเป็นไปเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยเห็นว่าเหตุผลตามคดีนี้เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ส่วนเรื่องค่าเสียหายนั้นหากกรณีดังกล่าวมีค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งไม่ใช่กรณีที่เอกชนได้กระทำเองนอกเหนือไปจากข้อตกลงและผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลอาจพิจารณาให้ได้ แม้ว่าข้อกำหนดในสัญญาจะระบุว่า เอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆในกรณีนี้ไม่ได้ก็ตามโดยศาลได้อ้างถึงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่คดีดังกล่าวศาลไม่กำหนดค่าเสียหายให้เนื่องจากเห็นว่าเป็นความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้กระทำไปเองนอกเหนือจาข้อตกลงอันเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์

ของตนเองนอกจากนี้ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนรวมนี้ เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้นโดยไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดี แม้จะทำให้เอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ยังสามารถใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวได้เสมอตราบเท่าที่เป็นไปโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับการชดเชยถ้าหากได้รับความเสียหาย แม้ความในข้อ 1.3(ก) ของบันทึกข้อตกลงการจัดการบริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือตำมะลัง ระหว่างคู่กรณีกำหนดข้อตกลงที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังเป็นการชั่วคราวด้วยผู้ฟ้องคดีจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใดๆ ไม่ได้ทั้งสิ้นก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดเชยความเสียหาย

หลัก Pacta Sunt Servanda เป็นหลักกฎหมายที่ว่าเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันแล้วและสัญญาดังกล่าวเป็นผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้นั้นก็จะมีผลผูกพันให้คู่สัญญาที่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะปลดเปลื้องตนเองจากความผูกพันที่เกิดจากการตกลงโดยสมัครใจไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีการที่จะยึดตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อสภาวการณ์ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง หรือเป็นกรณีที่ไม่มีเหตุแทรกแซงใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ดังนั้นหากสภาวการณ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก หรือมีเหตุมาแทรกแซงทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้ ก็อาจส่งผลให้ไม่จำต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในเรื่องนี้ คือหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus หมายความว่า ความผูกพันตามสัญญาใดย่อมตั้งอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญานั้น[4] หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสภาวการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus เป็นหลักที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดของเขตของเจตนาผูกพันหากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่า เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปคู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณีย่อมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยาย

---

[4] กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 7.

ว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ ตามปกตินั่นเอง[5] ทั้งนี้แต่ละประเทศได้นำ Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้โดยได้นำไปพัฒนาหรือขยายความหลักนี้ให้มีลักษณะหรือความหมายที่อาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกัน โดยบางประเทศได้นำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้ในลักษณะของการชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย และได้พัฒนาหลักนี้จนเป็นการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระอย่างมากแก่คู่สัญญา (Hardship) อีกกรณีหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้แต่การชำระหนี้จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องชำระหนี้ที่มีมูลค่าสูงมากกว่าที่คาดกันไว้ หรือได้รับชำระหนี้ในมูลค่าที่ลดลง (Hardship) โดยคู่สัญญาไม่มีความผิด เช่น

1) ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสวางหลักว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญาหากเกิดเหตุการณ์จากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) ได้แก่ การกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎ ระเบียบใหม่ เพื่อบังคับแก่คู่สัญญาเป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา[6]

2) หลักกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้ “มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้”

---

[5] แหล่งเดิม. หน้า 11.

[6] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ง (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. หน้า 89-90.

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

สำหรับการชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) การจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญาซึ่งจะไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด แต่มีกรณีที่รัฐ

---

[7] บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. เล่มเดิม. หน้า 123-126.

ต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับใบอนุญาต ดังนี้[8] 1) กรณีผู้รับใบอนุญาตได้เริ่มดำเนินการแล้วไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด หากศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตและขายโครงการทั้งหมดหรือบางสวน หรือเลิกโครงการ และจัดสรรเงินที่ได้รับจากโครงการให้แก่ผู้มีสิทธิ ผู้ซื้อโครงการต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่และความรับผิดของผู้รับใบอนุญาตที่ยังค้างอยู่ สหรัฐอาจเป็นผู้ซื้อก็ได้แต่ต้องไม่จ่ายเงินให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในจำนวนที่มากว่าที่ต้องจ่ายในกรณีที่มีการยกเลิกใบอนุญาต 2) กรณีที่รัฐเข้าครอบครองและดำเนินโครงการของผู้รับใบอนุญาต (Take Over) โดยดำเนินการโอนทรัพย์สินของผู้รับใบอนุญาตมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากได้จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนอย่างเป็นธรรมได้แก่เงินลงทุนสุทธิในโครงการที่เข้าครอบครอง 3) กรณีรัฐใช้โครงการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว สหรัฐต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just and fair compensation) บนหลักการกำไรที่พอสมควร (Reasonable Profit)

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

---

[8] แหล่งเดิม. หน้า 134-139.

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

4.1.2 ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย

กรณีเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองที่มิได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญา ซึ่งก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชนโดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครองอยู่ในฐานะที่เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม กรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุหรือรากฐานของสัญญาตามกฎหมายไทยซึ่งไม่มีบทบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องนี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนในต่างประเทศ ดังนั้น เมื่อศาลยุติธรรมจะวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทในกรณีนี้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิขอให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้หรือไม่นั้น ศาลยุติธรรมก็ย่อมต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 139 ที่ว่า “การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลง ให้อยู่ใน

อำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริงกรณีเหตุสุดวิสัย ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 บัญญัติคำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่าเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น

การชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย หมายถึง กรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ หรือเป็นสิ่งที่ปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งในการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยอาจเป็นกรณีที่เป็นการพ้นวิสัยทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย อาจมีเหตุมาจากเหตุสุดวิสัย หรืออาจเกิดเหตุอื่น เช่น เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย ผลจาการศึกษาพบว่าการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในกรณีดังกล่าวมีแนวคำวินิจฉัยไว้ ดังนี้

การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาโดยคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้มีคำวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้แก่หน่วยงานทางปกครอง เช่น

1) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 101/2526 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องทุกข์ขอให้กรมอาชีวศึกษาต่ออายุสัญญาก่อสร้างวิทยาลัยเกษตรกรรมกำแพงเพชรและวิทยาลัยเกษตรกรรมพิจิตร เนื่องจากในระหว่างการก่อสร้างปรากฏว่า ไม้ประกอบฝ้า กระทงฝ้า และ ระแนงฝ้าซึ่งต้องใช้เป็นจำนวนมาก ผู้ร้องทุกข์ไม่สามารถจัดหามาได้เพราะหายากและไม่มีจำหน่ายในท้องตลาด แม้แต่องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ก็ไม่อาจจัดหาไม้ตามกำหนดขนาดให้ได้ และกรมอาชีวศึกษาไม่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงรูปแบบและรายการเพราะทำให้ทางราชการเสียเปรียบ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่า ไม้ที่ใช้ในการก่อสร้างโครงสร้างหลังคานี้มิใช่หาไม่ได้ตามที่ผู้ร้องทุกข์อ้างมาเป็นแต่เพียงอาจจะหาได้ด้วยความยากลำบากเท่านั้น โดยกรณีนี้การที่ไม้หายาก มิได้เกิดขึ้นโดยกะทันหัน เช่น มีการปิดป่าเป็นต้นและในที่สุดผู้ร้องทุกข์ก็หาไม้มาทำการก่อสร้างได้กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุสุดวิสัยที่จะทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 219 จึงมีมติให้ยกเรื่องร้องทุกข์นี้

เห็นได้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวพิจารณาสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงภายหลังจากการทำสัญญาโดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่ หากไม่ใช่เหตุสุดวิสัย คู่สัญญาก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาต่อไป แม้การปฏิบัติตามสัญญานั้น จะมีความยากลำบากก็ตามโดยจากข้อพิพาทดังกล่าวคณะกรรมการฯไม่ยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดย

ต่ออายุสัญญา เนื่องจากเห็นว่าแม้การปฏิบัติการชำระหนี้จะยากลำบากแต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ ดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องผูกพันกันตามสัญญาเดิมต่อไป

2) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 10/2531 เอกชนคู่สัญญาร้องทุกข์ว่าในการก่อสร้างคลองส่งน้ำคาดคอนกรีตซึ่งผู้ร้องทุกข์เป็นคู่สัญญากับสำนักงานพลังงานแห่งชาตินั้น ปรากฏว่าปริมาณงานในใบเสนอราคาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้กำหนดการก่อสร้างงานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยไว้จำนวน 62 ฐาน แต่ในทางปฏิบัติจริงจะต้องก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยถึง 120 ฐานถึงจะสามารถวางท่อส่งน้ำข้ามห้วยได้ตามสัญญา ผู้ร้องทุกข์ได้ชี้แจงให้สำนักงานพลังงานแห่งชาติทราบและขอสงวนสิทธิที่จะเพิ่มเวลาดำเนินการและค่างาน ตามสมควร เพราะเป็นการเพิ่มงานแก่ผู้ร้องทุกข์ แต่สำนักงานพลังงานแห่งชาติแจ้งว่าสำนักงาน งบประมาณไม่อนุมัติให้เพิ่มเงินค่าก่อสร้างเนื่องจากผู้ร้องทุกข์มีหน้าที่ต้องทำการก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำจนเสร็จสมบูรณ์ตามสัญญา คณะกรรมการเห็นว่า กรณีนี้น่าเชื่อตามรายการก่อสร้างที่ระบุจำนวนฐานไว้ชัดเจนในใบเสนอราคา จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญากันโดยมีเจตนาตรงกันว่าจะมีฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยเพียง 62 ฐานดังที่บริษัทผู้ออกแบบระบุไว เมื่อปรากฏว่าความสำเร็จของงานตามสัญญาว่าจ้างรายนี้อยู่ที่การวางท่อส่งน้ำ แต่การที่จะทำการจนสำเร็จนั้นมีงานที่อยู่นอกเหนือจากความเข้าใจที่มีต่อกันมาแต่เดิม กรณีจึงเป็นการเพิ่มงานจากที่เคยตกลงกันไว้และมิใช่รายละเอียดอันไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ผู้รับจ้างจะต้องทำให้โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายตามข้อกำหนดในสัญญา หากสำนักงานพลังงานแห่งชาติประสงค์ จะให้ผู้ร้องทุกข์วางท่อส่งน้ำจนสำเร็จตามแบบแปลนจึงต้องเพิ่มงานและเพิ่มเวลาให้แก่ผู้ร้องทุกข์ ดังนั้นการที่บังคับให้ผู้ร้องทุกข์ดำเนินการก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำที่ยังขาดอยู่ต่อไปโดยไม่เพิ่มเงินและเวลาจึงไม่ถูกต้อง คณะกรรมการจึงมีมติให้สำนักงานพลังงานแห่งชาติถือปฏิบัติ ตามสัญญาต่อไปโดยถ้าประสงค์จะเพิ่มงานก็ต้องพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง ในสัญญาโดยเพิ่มเงินและเพิ่มเวลาตามส่วนที่เป็นจริงต่อไป

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผลสำเร็จของงานในกรณีนี้มีงานที่อยู่นอกเหนือความเข้าใจของคู่สัญญาซึ่งหากต้องการให้งานสำเร็จตามสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้อง รับภาระหนักเกินกว่าที่ได้คาดหมายไว้และไม่เป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญา กรณีดังกล่าวจึงต้องมีการแก้ไขสัญญาโดยเพิ่มเงินและเวลาเพื่อให้เอกชนสามารถปฏิบัติงานตามสัญญาต่อไปได้ ซึ่งจากคำวินิจฉัย ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและเพื่อให้งาน ตามสัญญาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะสำเร็จลงได้

3) คำวินิจฉัยคณะกรรมการร้องทุกข์ที่ 12/2524 กรณีผู้ร้องทุกข์ร้องว่าได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาหลักสูตรกับกรมวิชาการกระทรวงศึกษาธิการซึ่งเอกสารประกอบสัญญามีข้อความคนละแนวทางโดยข้อหนึ่งให้การก่อสร้างอาคารใช้เสาเข็มยาว 23 เมตร แต่อีกข้อหนึ่งกำหนดให้ตอกเสาเข็มลงจนรับน้ำหนักได้เท่าที่กำหนด (มีการตอก Blow count) ตามวิธีการที่กำหนดไว้ 50 ครั้ง โดยไม่ทรุดลงอีก ปรากฏว่าเมื่อดำเนินการจริงในบริเวณก่อสร้างมีชั้นดินเหลวอยู่ข้างล่างโดยคู่กรณีไม่ทราบมาก่อน ทำให้ดินไม่สามารถรับน้ำหนักได้ต้องเพิ่ม ความยาวเสาเข็มเป็น 25.5 เมตร และ 28 เมตร หน่วยงานทางปกครองจึงสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของเสาเข็มแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้เดิมในสัญญา ทำให้ผู้ร้องทุกข์ต้องเสีย ค่าใช้จ่ายเพิ่มอีก แต่หน่วยงานทางปกครองไม่ยอมเพิ่มเงินค่าเสาเข็มให้จึงร้องทุกข์ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า เรื่องนี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการที่กรมวิชาการสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของ เสาเข็มจากแบบรูปตามที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นจะถือเป็นการเพิ่มงานอันมีผลทำให้ต้องเพิ่มเงินให้แก่ผู้ร้องทุกข์ตามข้อสัญญาที่ว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบและรายการเดิมได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญาโดยจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ในส่วนของงานที่เพิ่มหรือลดหรือไม่นั้นจากข้อความในสัญญา แสดงว่าต้องทำให้ได้อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่กำหนด หากตอกลงไปแล้วสามารถรับน้ำหนักได้พอก็ตัดเสาเข็มที่เกิน แต่ถ้าตอกไปแล้วรับน้ำหนักไม่ได้ก็ต้องเพิ่มความยาวเสาเข็มจนรับน้ำหนักได้ตามที่กำหนด มิฉะนั้น ข้อกำหนดการรับน้ำหนัก Blow count 50 ครั้งจะไร้ผลกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่การเพิ่มงาน จึงไม่สามารถขอเพิ่มเงินค่าจ้าง แต่กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อย เห็นว่าเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพดินอ่อนในชั้นถัดไปไม่ได้เป็นสิ่งที่รู้กันมาก่อนระหว่างคู่กรณี เพราะเป็นดินอ่อนตัวเฉพาะบริเวณพื้นที่ก่อสร้างมิใช่พื้นที่ในบริเวณนั้นทั้งหมด กรณีย่อมอยู่นอกเหนือการคาดหมายแต่เดิมของคู่กรณี เมื่อเนื้องานเพิ่มขึ้นก็ต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นตามส่วน ซึ่งนายกรัฐมนตรีได้พิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นี้แล้วมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมของหน่วยงานทางปกครองโดยให้จ่ายเงินเพิ่มให้ตามความเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อย

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ฝ่ายเสียงข้างน้อย แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus อย่างชัดเจน โดยพิจารณาถึงเหตุที่เกิดขึ้นว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้คาดหมายไว้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักขึ้นจากเหตุดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายเงินเพิ่มขึ้นตามส่วน โดยกรณีนี้ มีลักษณะคล้ายกับทฤษฎีการรับภาระติดพันซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกรณีที่มีข้อยุ่งยากเกี่ยวกับเนื้อหาในการปฏิบัติงานซึ่งมีผลให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระเพิ่มขึ้น และย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนเพื่อ

การนี้ได้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาเกี่ยวสัญญาที่หน่วยงานในรัฐบาลได้ทำกับคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 เช่น คำวินิจฉัยของกรมอัยการตามที่ให้ความเห็นในเรื่องรับที่ ห.34/2509 กรณีที่นายเติมมิตรทำสัญญาซื้อขายข้าวเหนียวกล้องกับกรมราชทัณฑ์โดยเรือนจำอุดรธานีเมื่อ 1 ตุลาคม 2509 เป็นเวลา 1 ปีในราคา 158 บาทต่อ100 กิโลกรัม ต่อมาวันที่ 1 ธันวาคม 2509 นายเติมมิตรได้ทำหนังสือขอเลิกสัญญาและยอมให้ริบเงินประกัน เนื่องจากราคาสูงขึ้นมาก กรมราชทัณฑ์โดยเรือนจำอุดรธานีได้ดำเนินการจัดประมูลราคาใหม่ได้มีนายเลี๊ยกเข้าทำสัญญาในราคา 267 บาทต่อ100 กิโลกรัม โดยวินิจฉัยว่าเป็นพฤติการณ์ที่เลิกสัญญาแล้ว[9] สำนักงานอัยการสูงสุดหรือกรมอัยการในอดีตนั้น ก็ได้ยึดถือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งหมดเช่นกัน และจะยึดถือกฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหารเป็นเกณฑ์ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย โดยแนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดผูกพันอยู่กับหลักกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ แม้แต่การที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีผลทำให้ฝ่ายรัฐเสียเปรียบหรือไม่ก็พิจารณาวินิจฉัยบนพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งเช่นกัน

การระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมก่อนการจัดตั้งศาลปกครองซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ เช่น

1) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1738/2525 ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษาว่าคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐกับเอกชน ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ใน สัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[10] ตามแนวคำวินิจฉัยพิพากษาฎีกาของศาล ซึ่งมีการตัดสินใจในคดีที่เกี่ยวกับการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย เช่น

2) คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2551 ซึ่งตัดสินว่าผู้ให้เช่าซื้อไม่ทำถนนคอนกรีตและวางท่อระบายน้ำเพราะวัสดุมีราคาเพิ่มสูงขึ้น ไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยผู้ให้เช่าซื้อต้องปฏิบัติตามสัญญา

3) คำพิพากษาฎีกาที่ 2829/2522 ซึ่งตัดสินว่าลูกหนี้จะอ้างเหตุเพราะวัสดุก่อสร้างที่มีราคาสูงขึ้นมาเป็นเหตุให้พ้นจากความรับผิดตามสัญญาไม่ได้

---

[9] กรมอัยการ. เล่มเดิม. หน้า 617.

[10] ปารวี พิสิฐเสนากุล. เล่มเดิม. หน้า 135-136.

4) คำพิพากษาฎีกาที่ 2934/2522 ซึ่งตัดสินว่ากรณีที่ผลผลิตของน้ำมันดิบขาดแคลนเพราะต่างประเทศขึ้นราคาน้ำมันดิบไม่เป็นเหตุพ้นวิสัยที่ผู้ขายจะส่งยางแอสฟัลท์ซึ่งเป็นผลพลอยได้จากน้ำมันดิบแก่ผู้ซื้อไม่ได้ตามกำหนดเวลา ผู้ขายต้องรับผิดในการส่งสินค้าล่าช้า

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

6) คำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2531 จำเลยอ้างเหตุส่งมอบดินขาวให้โจทก์ตามสัญญาไม่ได้เพราะมีโจรแบ่งแยกดินแดนข่มขู่เรียกค่าคุ้มครองจากโรงงานที่ผลิตดินขาวของจำเลย เป็นเหตุให้คนงานไม่กล้าเข้าไปทำงาน ดังนี้เมื่อตามสัญญามิได้เจาะจงให้ส่งมอบดินขาวจากแหล่งผลิตของโรงงานจำเลยจำเลยจึงย่อมจัดหาดินขาวจากแหล่งอื่นได้ดินขาวมิใช่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งจำเลยจะอ้างว่าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยและปฏิเสธความรับผิดไม่ได้

กรณีที่ประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจในช่วงปี พ.ศ. 2540 ที่ไทยได้มีการประกาศให้ค่าเงินบาทลอยตัวในช่วงเดือนกรกฎาคม 2540 ทำให้ค่าเงินบาทของไทยอ่อนตัวลงถึงกว่าร้อยเปอร์เซ็นต์ จาก 1 ดอลลาร์สหรัฐ เท่ากับ 25 บาท เป็น 1 ดอลลาร์สหรัฐ เท่ากับ 57 บาท ถือได้ว่าเป็นกรณีที่อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากซึ่งเป็นผลให้ค่าเงินบาทของไทยมีค่าลดลงไปและอาจมีผลกระทบต่อการชำระหนี้ของคู่สัญญาจึงมีประเด็นปัญหาว่า การที่ค่าเงินบาทได้ลดลงไปจะมีผลกระทบเช่นใดต่อการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งประเทศไทยได้ยึดถือแนวความคิดทฤษฎีหน่วยสมมติที่ว่าเมื่อบุคคลเป็นหนี้อยู่จำนวนเท่าใดก็ย่อมต้องชำระหนี้หรือรับชำระหนี้ตามจำนวนนั้น ไม่ว่าภายหลังจากทำสัญญาค่าของเงินจะมีการเปลี่ยนแปลงไปเพียงใด[11] และตามคำพิพากษาฎีกาของไทยซึ่งได้มีการตัดสินเกี่ยวกับกรณีของการชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2521, 2829/2522, 2934/2522, 2653/2526 และ 2046/2531 ไว้วางหลักไว้ว่า การที่วัตถุที่ใช้ในการผลิตหรือสินค้าหาได้ยากรวมทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น เป็นกรณีที่การชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระมากขึ้น โดยไม่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้อย่างสิ้นเชิงลูกหนี้ไม่สามารถอ้างได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 แห่งประมวล

---

[11] ชาคิณี สกุลเบิกไพร. (2540). *ระบบอัตราแลกเปลี่ยนเงินตามต่างประเทศกับผลกระทบที่มีต่อการชำระหนี้ตามคำพิพากษา*. หน้า 138.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่ค่าของเงินลดลงเป็นเพียงเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระหนักขึ้นเท่านั้น ไม่ได้ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้จึงไม่สามารถอ้างเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้

การระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ เช่น

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 260/2552 ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่ว่าการอำเภอบันนังสตากับผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาจ้าง เมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2547 วงเงินค่าก่อสร้างรวม 7,980,000 บาทสัญญาจ้างดังกล่าวกำหนดว่าผู้ฟ้องคดีต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่ 23 มีนาคม 2547 และจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ภายในวันที่ 17 พฤศจิกายน 2547 แต่ภายหลังจากทำสัญญาสถานการณ์ความไม่สงบในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้มีความรุนแรงขึ้นในช่วงระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างเป็นช่วงที่สถานการณ์เริ่มทวีความรุนแรงขึ้นทุกวัน โดยเฉพาะมีการวางระเบิดบ้านพักนายอำเภอบันนังสตา เมื่อต้นเดือนเมษายน 2547 ทำให้ผู้ฟ้องคดีประสบปัญหาเรื่องคนงานไม่กล้าเข้าพื้นที่ทำงานผู้ฟ้องคดีขอขยายระยะเวลาการก่อสร้างออก ไปจนกว่าสถานการณ์จะสงบผู้ถูกฟ้องคดีว่า การอ้างเหตุการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ไม่ได้เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะขอขยายเวลาก่อสร้างหรืองดหรือลดค่าปรับได้ และเร่งรัดให้ผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามสัญญาจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีอนุมัติให้อำเภอบันนังสตาบอกเลิกสัญญาแล้ว จึงบอกเลิกสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีตามข้อ 6 ของสัญญาจ้าง ตั้งแต่วันที่ 19 กรกฎาคม 2547 เป็นต้นไป และขอสงวนสิทธิในการริบเงินประกันสัญญาจำนวน 399,000 บาทหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดหาผู้รับจ้างรายใหม่ แต่ไม่สามารถจัดหาผู้รับจ้างรายใหม่ได้ เนื่องจากปัญหาค่าก่อสร้างที่ว่าการอำเภอบันนังสตามีส่วนที่เพิ่มขึ้น 3,081,981 บาท จากเดิมที่กรมการปกครองจัดสรรงบประมาณประจำปี พ.ศ. 2547 ไว้จำนวน 7,980,000 บาท โดยคณะกรรมการกำหนดราคากลางในการก่อสร้างเป็นเงิน 11,061,981บาท และกรมการปกครองไม่สามารถสนับสนุนงบประมาณดังกล่าวได้

ศาลฟังว่าเหตุการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งรวมถึงจังหวัดยะลา มีความรุนแรงจนเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรับเหมาก่อสร้างในจังหวัดยะลารวมทั้งผู้ฟ้องคดีไม่สามารถหาคนงานเข้าทำงานในพื้นที่ก่อสร้างได้จริง จึงต้องถือเป็นเหตุสุดวิสัยซึ่งผู้ฟ้องคดีไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้รับการขยายเวลาทำการตามสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย ตามข้อ 139 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และข้อ 21 ของ

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

หลัก Clausula rebus sic stantibus เป็นหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่างๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากสภาวการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้” หลัก Clausula rebus sic stantibus เป็นหลักที่ใช้ในการตีความสัญญาแบบจำกัดของเขตของเจตนาผูกพัน หากเป็นกรณีที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปคู่กรณีอีกฝ่ายย่อมจะไม่ประสงค์ผูกพันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่กรณีย่อมตกลงกันภายใต้เงื่อนไขโดยปริยายว่าเหตุการณ์จะดำเนินไปตามที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งมิใช่การชำระหนี้เป็นการพ้นวิสัยที่จะทำให้หลุดพ้นจาการชำระหนี้

กรณีเหตุสุดวิสัยซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 บัญญัติคำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่าเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดีเป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น และการชำระหนี้ที่กลายเป็นพ้นวิสัย หมายถึงกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ หรือเป็นสิ่งที่ปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งในการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยอาจเป็นกรณีที่เป็นการพ้นวิสัยทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย อาจมีเหตุมาจากเหตุสุดวิสัย หรืออาจเกิดเหตุอื่น เช่น เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย

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

สาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไป โดยไม่ขาดตอน เพื่อจะได้ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้นเมื่อพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย[12] ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้นจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ[13]

1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ได้แก่ เหตุการณ์ซึ่งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าเกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนคู่สัญญาและเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางได้ เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ตามมาคือการปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เหตุการณ์เช่นนี้อาจได้แก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น น้ำท่วม แผ่นดินไหว หรืออาจเกิดจากฝีมือมนุษย์ เช่น สงคราม ไฟไหม้ เป็นต้น เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเรียกว่า เหตุสุดวิสัย เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยมีผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญา

2) เหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา (Fait du prince) ได้แก่การกระทำต่างๆของฝ่ายปกครองคู่สัญญา เช่น การแก้ไขคำสั่ง การเปลี่ยนกฎ ระเบียบใหม่เพื่อบังคับแก่คู่สัญญาเป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และมีผลทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหาย โดยอาจมีผลทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญานั้นยากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเต็มตามจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา

3) เหตุที่มิอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจาการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ดังตัวอย่างเช่น การห้ามวัสดุบางอย่างเข้าประเทศ การลดค่าเงิน การขึ้นภาษีเป็นต้น

เหตุการณ์อันมิอาจคาดหมายได้ที่เกิดขึ้นระหว่างการปฏิบัติตามสัญญามีความแตกต่างจากเหตุสุดวิสัยโดยเหตุสุดวิสัย (La force majeure) นั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองหรือ

---

[12] กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม.หน้า 29.

[13] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ง หน้าเดิม.

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

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

---

[14] บุบผา อัครพิมาน ข เล่มเดิม. หน้า 193.

[15] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ง หน้าเดิม.

ป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้”

ผู้เขียนเห็นว่า การที่เกิดพฤติการณ์ที่มิอาจคาดหมายได้และมิใช่การชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัย การที่ศาลปกครองหรือผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาว่า เหตุที่มิอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้นไม่เป็นเหตุสุดวิสัยที่จะมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลุดพ้นจากการชำระหนี้และต้องปฏิบัติตาสญญาต่อไปจะทำให้เกิดภาระเกินสมควรกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยไม่มีกรณีที่เอกชนจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายหากปฏิบัติตามสัญญาต่อไป การกำหนดให้เอกชนคู่สัญญาขอแก้ไขการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง เฉพาะการงดหรือลดค่าปรับ หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาเท่านั้นเมื่อเกิดเหตุสุดวิสัย หรือเหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้ จึงไม่รวมถึงการชดเชยความเสียหายที่ควรได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญาย่อมไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งในต่างประเทศได้กำหนดวิธีการเยียวยาปัญหาดังกล่าวไว้แล้ว

4.1.3 ปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาออกใช้บังคับภายหลังจากที่ทำสัญญาทางปกครองไว้แล้วมีผลทำให้ข้อตกลงในสัญญาขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งเป็นกรณีเหตุที่มิอาจคาดหมายได้ การระงับข้อพิพาทกรณีดังกล่าวโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับดังกล่าวว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำบังคับได้ให้คู่สัญญาแก้ไขสัญญาได้ เช่น

1) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยผู้ถูกฟ้องคดีในปี พ.ศ. 2535 ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 2544 มีผลใช้บังคับผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวทำให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเปลี่ยนเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่ง เช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในสถานะที่มีเสรีภาพในการแข่งขันเท่าเทียมกับผู้ถูกฟ้องคดี จึงฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำบังคับ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะขัดต่อการแข่งขันอย่างเสรีเท่าเทียมและเป็นธรรมและให้ผู้ถูกฟ้องคดีงดใช้สิทธิบางประการตามสัญญา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำขอดังกล่าวถือได้ว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตก

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

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

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

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

1) ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสวางหลักว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุที่มิอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้

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

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีเมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่มาใช้บังคับภายหลังทำให้มีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองศาลปกครองจะไม่เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากศาลปกครองเห็นว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปซึ่งจะเป็นภาระที่หนักเกินสมควรและเกิดความเสียหายจนฝ่ายเอกชนคู่สัญญาต้องฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญา และส่งผลให้มีคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยไม่จำเป็น

4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและการชดใช้ค่าเสียหาย กรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองกรณีเปลี่ยนแปลง กฎ ระเบียบของฝ่ายปกครองเองและการเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากพฤติการณ์หรือเหตุสุดวิสัยที่มิได้เกิดจาการกระทำของคู่สัญญา และรวมถึงการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาเป็นไปโดยความยากลำบากหรือสร้างภาระเกินสมควรแก่ฝ่ายเอกชนคู่สัญญา ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับ

การปฏิบัติตามสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว ดังนั้นเพื่อให้สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายมหาชนและการยึดถือหลักการ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อย่างเคร่งครัดอาจทำให้ประโยชน์สาธารณะเสียหายได้ ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามสัญญาทางปกครองที่ได้ตกลงผูกพันกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และกระทำการเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียหาย ความขัดแย้งระหว่างหลักการสองประการนี้ควรได้รับการปรับให้อยู่ในระดับที่เกิดความสมดุลย์และเพื่อความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวกรณีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในสัญญาทางปกครองดังนี้

4.2.1 ปัญหาที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ปัญหาการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาทางปกครองหรือการเปลี่ยนแปลง กฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง โดยไม่มีกฎหมายให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการชดเชยความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีเพียงกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 กำหนดวิธีการชดเชยความเสียหายกรณีเพิกถอนการให้สัมปทานก่อนครบกำหนดเวลาโดยไม่ให้ค่าชดเชยในส่วนที่เป็นกำไรที่คาดว่าจะได้รับตามสมควร หรือกรณีฝ่ายปกครองสั่งให้เพิ่มงานที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเนื่องสภาพของพื้นที่ไม่อาจคาดหมายได้ หรือการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญาที่ให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง ผลจาการศึกษาพบว่าการแก้ไขปัญหากรณีเมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้และกรณีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามระบบกฎหมายของในต่างประเทศ ดังนี้

1) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนคู่สัญญา หากเกิดเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ขึ้นจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ

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

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

ค. เหตุที่มิอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจาการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ (Anormal) ดังตัวอย่างเช่น การห้ามวัสดุบางอย่างเข้าประเทศ การลดค่าเงิน การขึ้นภาษี เป็นต้น

2) การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยที่มาตรา 60 (1) VwVfG กำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่สาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ซึ่งการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองในกรณีนี้รวมถึงการชดใช้ค่าเสียหายหรือชดเชยความเสียหาย แต่มาตรา 60 (1) VwVfG นี้ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดแจ้งถึงเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจาการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง (Entschädigung) แต่ให้นำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) ตามบทบัญญัติมาตรา 49 (5) ประโยคที่ 1 VwVfG มาใช้บังคับโดยอนุโลมหรือให้คู่สัญญาได้ตกลงเป็นเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายกันเอง หรือนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามมาตรา 14 และมาตรา 2 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณ์รัฐเยอรมนี) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

3) การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ การเยียวยาในเรื่องสัญญาทางปกครองของอังกฤษจะมีกฎหมาย The Crown Proceeding Act 1947 ให้เอกชนฟ้องรัฐให้รับผิดชอบใน

มูลสัญญาได้ศาลมีอำนาจพิพากษาแสดงถึงความมีอยู่ของสิทธิฝ่ายเอกชนหรือพิพากษาให้รัฐใช้ค่าเสียหาย แต่ไม่มีอำนาจออกคำบังคับให้มีการชำระหนี้ได้เฉพาะเจาะจง หรือบังคับให้ใช้เงินค่าเสียหายได้ เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเอกชนการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวแต่หน่วยงานของรัฐจะต้องได้ตกลงค่าชดเชยกันและตั้งของบประมาณเพื่อชดใช้ค่าเสียหายไปยังรัฐสภาเพื่ออนุมัติ

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

ก. การชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) มี 2 กรณี

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

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

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

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

ข. สัญญาให้สิทธิให้บริการสาธารณะ (Public Utilities) การจ่ายค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนสำหรับกรณีของการให้สิทธิในการบริการสาธารณะเนื่องมาจากการแก้ไขหรือคืนใบอนุญาตจะกระทำได้ด้วยความตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด แต่มีกรณีที่รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับใบอนุญาต ดังนี้

1) กรณีผู้รับใบอนุญาตได้เริ่มดำเนินการแล้วไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด คณะกรรมการควบคุมอาจร้องให้อัยการดำเนินการกระบวนการทางศาลเพื่อเพิกถอนใบอนุญาตหรือขายโครงการและดำเนินการเพื่อบรรเทาความเสียหายอย่างเป็นธรรม (Equitable Relief) หากศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตและขายโครงการทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเลิกโครงการ และจัดสรรเงินที่ได้รับจากโครงการให้แก่ผู้มีสิทธิ ผู้ซื้อโครงการต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่และความรับผิดของผู้รับใบอนุญาตที่ยังค้างอยู่ สหรัฐอาจเป็นผู้ซื้อก็ได้แต่ต้องไม่จ่ายเงินให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในจำนวนที่มากว่าที่ต้องจ่ายในกรณีที่มีการยกเลิกใบอนุญาต

2) กรณีที่รัฐเข้าครอบครองและดำเนินโครงการของผู้รับใบอนุญาต (Take Over) จะกระทำได้ในกรณีที่มีการสงวนสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนโดยดำเนินการโอนทรัพย์สินของผู้รับใบอนุญาตมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนอย่าง

เป็นธรรมได้แก่เงินลงทุนสุทธิในโครงการที่เข้าครอบครอง แต่ไม่เกินราคาที่เป็นธรรมของทรัพย์สินที่เข้าครอบครอง รวมทั้งค่าเสียหายที่เหมาะสมที่เกิดขึ้นในส่วนที่สหรัฐมิได้เข้าครอบครองที่มีค่าเป็นประโยชน์และจำเป็นดังกล่าว

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

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

4.2.2 ปัญหาที่เกิดจากคำวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่เป็นเหตุสุดวิสัย

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

ความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ (Hardship)[16] เมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ทำให้ข้อเท็จจริง หรือพฤติกรณ์เปลี่ยนแปลงไปอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองทำให้การชำระหนี้ต่อไปเป็นภาระเกินสมควร ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า “มิใช่เหตุสุดวิสัยที่จะทำให้การชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัยที่จะมีผลให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้หรือต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปตามมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย” ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อศาลปกครองจะวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองย่อมต้องอาศัยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นหลักในการวินิจฉัยและหลักกฎหมายเรื่องอันมิอาจคาดหมายได้ที่มีผลทำให้การปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาเป็นไปโดยความยากลำบากหรือสร้างภาระเกินสมควรแก่ฝ่ายเอกชนคู่สัญญา ซึ่งมิใช่เหตุพ้นวิสัยโดยที่มิใช่ความผิดของฝ่ายใดอันมีผลจะทำให้ฝ่ายเอกชนคู่สัญญาพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาและไม่มีสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ตอบแทนตามมาตรา 219 ประกอบมารา 372 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2521, 2829/2522, 2934/2522, 2653/2526 และ 2046/2531 วางหลักไว้ว่า การที่วัตถุที่ใช้ในการผลิตหรือสินค้าหาได้ยาก รวมทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น เป็นกรณีที่การชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระมากขึ้น โดยไม่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้อย่างสิ้นเชิง ลูกหนี้ไม่สามารถอ้างได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่ค่าของเงินลดลงเป็นเพียงเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้เกิดความยากลำบากหรือต้องรับภาระหนักขึ้นเท่านั้น ไม่ได้ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้จึงไม่สามารถอ้างเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้และต้องปฏิบัติตามข้อตกลงต่อไป ทั้งไม่มีสิทธิได้รับการชดเชยความเสียหายจากการที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในแต่ละประเทศตามที่กล่าวไว้ในปัญหาข้อ 4.2.1 มีหลักการที่เหมือนกัน แต่ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “เหตุที่มิอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (Impévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายเกิดขึ้นซึ่งมีผลทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความลำบากเพราะเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น โดยเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายใด

---

[16] อมราลักษณ์ รักษ์วงศ์. เล่มเดิม. หน้า 9.

ฝ่ายหนึ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น (Impévisible) ส่วนค่าทดแทนในกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะไม่ใช่ค่าาทดแทนเต็มจำนวน อย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ศาลจะคำนวณค่าทดแทนให้ตั้งแต่ วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญา และจะให้ค่าทดแทนการขาดทุน ในส่วนที่เกิดจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (Prix-limite)โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายปกครองต้องชดใช้ประมาณ 90 - 95% เพื่อให้เอกชนคู่สัญญารับภาระขาดทุนเล็กน้อย” และเห็นว่าเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองไทยโดยนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป

4.2.3 ปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

กรณีเมื่อเกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่มาใช้บังคับภายหลังทำให้มีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองศาลปกครองจะไม่เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปซึ่งจะเป็นภาระที่หนักเกินสมควรและเกิดความเสียหายจนฝ่ายเอกชนคู่สัญญาต้องฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาและส่งผลให้มีคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยไม่จำเป็น

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

รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ (2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ตราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วย" เป็นหลักกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอน

ซึ่งกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นรวมทั้งข้อเท็จจริงและกฎหมายด้วย ดังนั้นเมื่อข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองทำให้การชำระหนี้ต่อไปเป็นภาระเกินสมควรคู่สัญญามีสิทธิแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ หากให้สิทธิเอกชนคู่สัญญาขอให้แก้ไขหรือเลิกสัญญาย่อมจะส่งผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ดังเช่นกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1976 มาตรา 60 ซึ่งบัญญัติให้สิทธิคู่สัญญาทุกฝ่ายแก้ไขสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นโดยนำหลักการของมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้