

## บทที่ 2

### ข้อความคิดว่าด้วยหลัก pacta sunt servanda และหลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

#### 2.1 ข้อความคิดว่าด้วยหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

ข้อความคิดว่าด้วย “สัญญา” นับเป็นข้อความคิดที่สำคัญที่สุดข้อความคิดหนึ่งในระบบกฎหมายทุกระบบ เราอาจกล่าวได้ว่าในบรรดารูปแบบการกระทำที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้น “สัญญา” เป็นรูปแบบการกระทำที่เก่าแก่และมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานที่สุดรูปแบบหนึ่ง แม้กระนั้นก็ต้องเข้าใจว่า “สัญญา” ในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้น จะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น<sup>1</sup>

ในการพิจารณาเรื่องหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบมี 2 หลักใหญ่ ๆ คือ หลักเรื่อง pacta sunt servanda หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา และหลักเรื่อง clausula rebus sic stantibus ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

##### 2.1.1 หลัก pacta sunt servanda (หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา)

ในการตกลงทำสัญญากันนั้น สัญญาย่อมเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาเสนอสนองที่ต้องตรงกันของคู่สัญญา ซึ่งเมื่อทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาที่ต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นย่อมเป็นเสมือนกฎหมายสำหรับคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวอย่างเคร่งครัด และจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วนั้น ก็ต้องอาศัยการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันของทั้งสองฝ่ายเช่นกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแสดงเจตนาแก้ไข

---

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 ( กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 239.

เปลี่ยนแปลงสัญญาที่เกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวมิได้ ดังนั้น ทั้งการเกิดขึ้นของสัญญาและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วนั้น ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) ซึ่งยึดถือเอาความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นใหญ่ หลักกฎหมายนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งปรากฏอยู่ในทุก ๆ ระบบของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายมหาชน หรือในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

### 2.1.1.1 ความเป็นมาของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

หลักกฎหมายเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญามีรากฐานมาจากสัญญาของ *praetor* โดยปรากฏอยู่ในบท *Ulpran 2.14.7.7* ที่ว่า ข้าฯ จะบังคับตามข้อตกลงในรูปแบบของสัญญาซึ่งได้มีการกระทำนั้น โดยไม่มีความมุ่งร้ายหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย มติของประชาชน โดยรวม คำสั่งของสภา หรือคำสั่งขององค์จักรพรรดิ หรือกลฉ้อฉลและกรณีที่คล้ายคลึงกัน (“*pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fras cui eorum fiat facta erunt, servabo*”) และต่อมานักกฎหมายทางศาสนาได้พัฒนาจนกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป<sup>2</sup>

จะเห็นได้ว่า สัญญาซึ่งคู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้ต่อกัน จะมีการบังคับให้เป็นไปตามนั้น ทั้งนี้ ก็ยังปรากฏว่า จะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย มติของประชาชน โดยรวม คำสั่งของสภาหรือคำสั่งขององค์จักรพรรดิ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึง ความเป็นใหญ่ของประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะที่จะทำให้สัญญาไม่ได้รับการบังคับให้เป็นไปตามที่ได้แสดงเจตนาตกลงกันไว้ได้

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเกิดจากหลักทางศีลธรรมและแนวคิดในทางศาสนาเป็นสำคัญ โดยศาสนาคริสต์มีอิทธิพลอย่างมากในการควบคุมการบังคับตามสัญญา ซึ่งความคิดพื้นฐานของศาสนาคริสต์กล่าวว่า จะต้องรักษาคำพูดของเราเอง โดยปรากฏในพระคัมภีร์บทที่ 5 (ข้อ 33 37) ของ St. Matthew ในตอนท้ายที่กล่าวว่า “จริงก็จริงว่าจริง ไม่ก็ว่าไม่ พูดแต่เพียงนี้ก็พอ คำพูดเกินนี้ไปมาจากความชั่ว” ต่อมาบาทหลวงก็ได้ใช้คำนี้ในแนวคิดของการบังคับตามสัญญา

<sup>2</sup> Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligation Roman Foundation of the civil Tradition*, (Cape Town : Juta&Co.Ltd.,1992), p.576 อ้างใน อนงค์ สมบุญเจริญ, “ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 7-8.

และของ St. Augustine (354-430) สอนว่า เราต้องรักษาคำพูดแม้กับศัตรูของเรา และความคิดแบบเดียวกันนี้ก็ถูกพบใน the Decretum Gratian (บทเกี่ยวกับวินัยศาสนา โดยเฉพาะของโรมันคาทอลิก) สำหรับชาวอิสลาม หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาก็มีพื้นฐานจากศาสนาด้วย โดยชาวมุสลิมจะต้องยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อตกลงของพวกเขา หลักการนี้มักปรากฏในคัมภีร์กุรอ่านของศาสนาอิสลาม ยกตัวอย่างเช่น ในคัมภีร์กล่าววว่า จงซื่อสัตย์ต่อกฎเกณฑ์ซึ่งตนเองยอมผูกพันปฏิบัติตาม แล้วกฎเกณฑ์ที่คุณยอมผูกพันปฏิบัติตามนั้น จะอยู่ในสายตาของพระอัลเลาะห์ เพราะพระอัลเลาะห์ คือ พยานของคุณ<sup>3</sup>

สัญญาในสมัยโรมันไม่มีลักษณะของความผูกพันที่เกิดขึ้นจากความตกลงยินยอมของบุคคลที่เป็นอิสระ สัญญาจะถูกจำกัดทั้งรูปแบบและสถานะของบุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญา สัญญาในสมัยโรมันไม่มีหลักสัญญาทั่วไปบังคับ แต่จะเป็นหลักสัญญาเฉพาะสัญญา (Specific Contracts) คู่สัญญาจึงไม่สามารถตกลงทำสัญญานอกเหนือจากที่กฎหมายได้กำหนดรูปแบบและความผูกพันของสัญญาแต่ละประเภทไว้ ต่อมา ในคริสต์ศตวรรษที่ 10 สัญญาที่ทำในสมัยพิวตัล จะอยู่ในลักษณะที่เกิดจากความสมัครใจและมีพื้นฐานของความซื่อสัตย์ของบุคคลแต่ละคน สัญญาที่เกิดขึ้นจะอยู่บนพื้นฐานของการรักษาความศรัทธาที่มีต่อกัน การรักษาคำมั่นสัญญา ความซื่อสัตย์เป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างคู่สัญญา ส่วนในสมัย Cannon Law<sup>4</sup> นั้น อิทธิพลของคริสต์ศาสนาได้เข้ามามีบทบาทในการทำสัญญา คำมั่นสัญญา และคำสาบานเป็นการยืนยันตามแบบพิธีต่อหน้าพยานที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา ถือเป็นส่วนหนึ่งของการทำสัญญา หลักคำสอนของศาสนาได้ให้ความสำคัญต่อการเคารพที่จะต้องทำตามสัญญา จนกระทั่งในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ความคิดของ Natural Law เข้ามามีบทบาทต่อการทำสัญญาที่ให้ความสำคัญต่อเจตนาของบุคคลเป็นหลักสำคัญสูงสุดเหนือสิ่งอื่นใด ความคิดที่ให้ความสำคัญต่อการเป็นปัจเจกบุคคล ทำให้ความคิดของสัญญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 อยู่บนพื้นฐานของ

---

<sup>3</sup> Hans Wehberg, PACTA SUNT SERVANDA, <http://www.tldb.uni-koeln.de/php/pub-show-document.php> 129500, 1/7/2552.

<sup>4</sup> Cannon Law หรือคริสต์ศาสนกฏบัตรของนิกายโรมันคาทอลิก ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The Autonomy of the Will-Private Autonomy) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)<sup>5</sup>

หลัก pacta sunt servanda ได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นหลักกฎหมายใหญ่ในเรื่องของสัญญา โดยเฉพาะในศตวรรษที่ 18-19 ที่ความคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจในสมัยนั้น ทำให้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาที่ได้รับอิทธิพลไปด้วย กล่าวคือ ได้กลับมาได้รับความนิยมสูงสุดไปด้วย เนื่องจากลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ laissez-faire, laissez-passer เห็นว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการดำเนินการใด ๆ ได้เอง เว้นแต่ในกรณีเพื่อประโยชน์ส่วนรวมก็อาจถูกจำกัดเสรีภาพลงได้บ้าง สำหรับกฎหมายที่จะใช้บังคับกันในสังคม ควรจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตนาของผู้สัญญาที่มีความเท่าเทียมกันเป็นผู้กำหนดขึ้น ดังนั้น จากแนวคิดนี้เจตนาของผู้สัญญา จึงถือว่าเป็นสิ่งสำคัญที่ผู้สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกัน อันนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The autonomy of the will) ซึ่งเป็นหลักที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องได้เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จากหลักนี้บุคคลทุกคนจึงมีอิสระและเสรีภาพในการทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ได้เอง และเมื่อสัญญาเกิดจากการตัดสินใจที่อิสระของผู้สัญญา หน้าที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำโดยสมัครใจ จึงเป็นหน้าที่ยุติธรรมสำหรับผู้สัญญา ผู้สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด<sup>6</sup>

จะเห็นได้ว่า หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) มีพื้นฐานมาจากหลักเจตนาของบุคคลและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นเหตุผลที่จะอธิบายว่าเหตุใดผู้สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ เมื่อผู้สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันด้วยความสมัครใจก็จะเกิดผลผูกพันให้ผู้สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันได้ ผู้สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นไม่ได้ และหากผู้สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายก็จะบังคับการให้เป็นไปตามผลผูกพันนั้น ในปัจจุบัน หลัก pacta sunt servanda นี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย

<sup>5</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 6-9.

<sup>6</sup> อนงค์ สมบุญเจริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 9.

### 2.1.1.2 การปรับใช้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญซึ่งอยู่เบื้องหลังกฎหมายเรื่องสัญญาและหนี้ และเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งได้รับการบัญญัติหรือแฝงไว้ในประมวลกฎหมายของทุกประเทศ ในส่วนของไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง นิติกรรมและสัญญา ก็มีหลักว่า “บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา” (pacta sunt servanda) อันเกิดจากหลักทางศีลธรรมที่ว่า “เมื่อพูดให้สัญญาแล้วต้องรักษาคำพูด” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังมาตราต่างๆ ใน ป.พ.พ. เรื่องนิติกรรมสัญญา<sup>7</sup> ซึ่งในการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งในกฎหมายไทยนั้น หากคู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน แม้ข้อตกลงดังกล่าวจะไม่เข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเอกเทศสัญญา ข้อตกลงนั้นก็สามารภที่จะมีผลบังคับใช้ได้ คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้แสดงเจตนาทำไว้ หากเป็นสิ่งที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา

### 2.1.2 หลัก clausula rebus sic stantibus (หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา)

หลักกฎหมายที่ว่าสัญญาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาด้วยกันเองจะตกลงกันนั้นเป็นหลักทั่วไปของสัญญา อันเป็นการยอมรับว่าเจตนาของบุคคลเท่านั้นที่สำคัญที่จะผูกพันตนเอง หรือจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ด้วยเจตนาของตนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี การที่จะยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อสถานการณ์ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง หรือไม่มีเหตุแทรกซ้อนรุนแรงจนทำให้พฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาต่างไปจากขณะที่ก่อสัญญากันขึ้น ดังนั้น หากปรากฏว่าสถานการณ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจนกระทบรากฐานของสัญญาเดิม ก็อาจส่งผลให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในกรณีเช่นนี้ คือ หลัก clausula rebus sic stantibus

<sup>7</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น. 89.

### 2.1.2.1 ความเป็นมาของหลัก *clausula rebus sic stantibus*

*clausula rebus sic stantibus* คือ การตกลงว่าสิ่งต่าง ๆ จะคงสถานะเดิมไว้ และหากว่าสิ่งเหล่านั้นไม่อยู่ในสภาวะแบบเดิมแล้ว หรือมีการเปลี่ยนแปลงไป กรณีดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมีผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาซึ่งแตกต่างกันแล้วแต่กรณี ในความหมายดั้งเดิมนั้น หลัก *clausula rebus sic stantibus* จะมีผลในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไป ในส่วนของภาวะวิสัยระหว่างช่วงเวลาของการตกลงทำสัญญาและการปฏิบัติการชำระหนี้<sup>8</sup>

หลัก *clausula rebus sic stantibus* เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยนักสอนศาสนา (พระในศาสนาคริสต์) ในศตวรรษที่ 12-13 ซึ่งมีหลักว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่าง ๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง” ซึ่งได้มีการยืนยันว่า สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติแม้แต่คนที่เป็ ศัตรู แต่หากสภาวะการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หลัก *clausula rebus sic stantibus* ได้เริ่มเสื่อมลงในศตวรรษที่ 18-19 เนื่องจากแนวความคิดเรื่อง หลักสัญญาต้องเป็นสัญญากลับมามีอิทธิพลควบคู่กับหลักของลัทธิเสรีนิยมทางการค้าที่มีอิทธิพล ในสมัยนั้น แต่อย่างไรก็ดี หลัก *clausula rebus sic stantibus* ได้แทรกตัวให้เห็นในกฎหมายแพ่ง ของทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยปัจจุบัน เราจะพบได้ในบทกฎหมายเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาได้แก่ หลักเรื่อง Frustration ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักการสิ้นไปของฐานแห่งนิติกรรม (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ซึ่งในปัจจุบันก็คือ มาตรา 313 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระที่หนักมากเกินไป มาตรา 1467 วรรคแรกของ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี เป็นต้น<sup>9</sup>

การที่ประเทศต่าง ๆ ยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* เป็นหลักกฎหมาย ในเรื่องสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศนั้น ก็เนื่องด้วยความยุติธรรมในระหว่างคู่สัญญา เรียกร้องเพราะหากยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัด ในกรณีที่เกิดการ เปลี่ยนแปลงไปของฐานแห่งสัญญาซึ่งไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญาจนทำให้คู่สัญญา ฝายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหนักเกินไป ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญา การปฏิเสธหลัก *clausula rebus sic stantibus* จึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก

<sup>8</sup> Worachet Pakeerut, “Die *clausula rebus sic stantibus* im verwaltungsrechtlichen Vertragsrecht,” (Göttingen, im November, 1994), p. 3.

<sup>9</sup> อนงค์ สมบุญเจริญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น. 13-14.

### 2.1.2.2 การปรับใช้หลัก *clausula rebus sic stantibus*

โดยทั่วไปเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ระบบกฎหมายทุกระบบจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ แต่หลักการข้อนี้ก็มีข้อยกเว้นดังเช่นกรณีการชำระหนี้เป็นพันธีย ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันในทุกระบบกฎหมายก็คือ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่กรณีที่เป็นปัญหาอย่างยิ่งก็คือ กรณีที่การชำระหนี้ยังอยู่ในพันธียจะทำได้ แต่จะเป็นภาระแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเกินควรแก่ความคาดหมาย หรือในกรณีที่เกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนทำให้การชำระหนี้ตอบแทนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นกลายเป็นอันไร้ประโยชน์โดยสิ้นเชิง หรืออาจเรียกว่าเป็นกรณีที่การชำระหนี้เช่นนั้นไม่มีทางบรรลุตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้เลย ซึ่งปัญหาดังกล่าวสามารถอธิบายได้ด้วยหลัก *clausula rebus sic stantibus* หรือความผูกพันย่อมเป็นไปตามเหตุการณ์ ซึ่งหมายความว่าความผูกพันตามสัญญาโดยอ้อมตั้งอยู่บนฐานแห่งเหตุการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญา หากมีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งเหตุการณ์แวดล้อมดังกล่าวหลังจากมีการทำสัญญาไปแล้ว กรณีจึงต้องนำหลัก *clausula rebus sic stantibus* มาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมสำหรับคู่สัญญา หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย<sup>10</sup> และในปัจจุบัน หลายประเทศก็ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่ง รวมทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้บัญญัติถึงหลักนี้ไว้ในอนุสัญญาแห่งกรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969<sup>11</sup> ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น หากหลัก *clausula rebus sic stantibus*

<sup>10</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่อง ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้ เนื่องจากเหตุการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events),” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, น. 2-4.

<sup>11</sup> มาตรา 62 ของอนุสัญญาฯ บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของเหตุการณ์จากที่เคยเกิดขึ้นขณะที่มีการทำสนธิสัญญาและการเปลี่ยนแปลงนี้ภาคีมิได้คาดคิดล่วงหน้า จะยังไม่อาจถือเป็นเหตุให้สิ้นสุดหรือเพิกถอนสนธิสัญญา เว้นแต่

ก. เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นมูลฐานสำคัญยิ่งที่ทำให้รัฐยินยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญา และ

ข. ผลของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้เปลี่ยนแปลงขอบเขตของพันธะที่ต้องกระทำตามสนธิสัญญาอย่างมากมาย วิศิษฎ์พร วัฒนวาทีน, “ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก REBUS SIC

ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การปรับใช้หลัก *clausula rebus sic stantibus* ก็ต้องเป็นไปตามมาตรา 4 คือ ต้องนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้บังคับก่อน ซึ่งจากการพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการนำหลัก *clausula rebus sic stantibus* มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วในบางเรื่อง กล่าวคือ ได้มีการบัญญัติไว้ในหลักสุจริตและหลักในการตีความสัญญา เป็นต้น<sup>12</sup> ซึ่งในประเทศเยอรมัน ก่อนที่จะได้มีการบัญญัติมาตรา 313 ดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ศาลเยอรมันได้หยิบยกหลักกฎหมายเรื่องผลของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญามาใช้อย่างกว้างขวางโดยอาศัยหลักสุจริตตามมาตรา 242 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับ<sup>13</sup>

### 2.1.2.3 ลักษณะของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์อันเป็นรากฐานของสัญญา

เมื่อพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เป็นอยู่ในขณะที่ตกลงทำสัญญากัน จนทำให้การที่คู่สัญญาจะยึดสัญญาเดิมนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้นั้นเนื่องจากจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างมาก ซึ่งเป็นไปตามหลัก *clausula rebus sic stantibus* หรือ ความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์ที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญา สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ ลักษณะหรือพฤติการณ์เช่นใดที่เป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งกระทบต่อวัตถุประสงค์ของสัญญา

ในระบบกฎหมายเยอรมัน นักนิติศาสตร์เยอรมันได้มีการถกเถียงกันในทางวิชาการเกี่ยวกับทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป โดย Windscheid ได้นำเสนอทฤษฎีเงื่อนไขแห่งนิติสัมพันธ์ขึ้น ซึ่งอธิบายว่า คู่กรณีในสัญญา ย่อมตกลงทำสัญญากันภายใต้เงื่อนไขว่า “ความมีผลของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นควรดำรงอยู่ภายใต้พฤติการณ์ที่แน่นอนอย่างใดอย่างหนึ่ง” แต่ทว่าในเวลาตกลงกันนั้น คู่กรณีก็มักมิได้ตกลงกันให้ถือเอาสภาพการณ์ที่ก่อนนิติสัมพันธ์นั้นเป็นเงื่อนไขแห่งข้อตกลงไปด้วย ผลที่ตามมาคือ ถ้าเกิดเหตุให้สภาพการณ์ที่ก่อนนิติสัมพันธ์นั้นระงับสิ้นไป ก็เป็นที่เข้าใจกันว่าสัญญาย่อมมีผลผูกพันอยู่ต่อไป ซึ่ง Windscheid ได้โต้แย้งความเข้าใจเช่นนั้นและอธิบายว่าการถือว่าสัญญา

---

STANTIBUS กับหลัก PACTA SUNT SERVANDA ในสนธิสัญญา,” วารสารกฎหมายสุโขทัย ธรรมมาธิราช, ปีที่ 3, ฉบับที่ 1, น. 34.

<sup>12</sup> อนุชต์ สมบุญเจริญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 2, น. 17.

<sup>13</sup> สุรศักดิ์ มณีศรี, เอกสารประกอบการบรรยายนักศึกษานิติศาสตรบัณฑิต สาขา กฎหมายแพ่งชั้นสูง คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ยอมมีผลต่อไปเป็นเอกเทศนั้น ไม่สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี และแม้สัญญาจะชอบที่จะมีผลต่อไป ก็ต้องนับว่าเป็นแต่เพียงมีผลในทางแบบพิธีเท่านั้น แต่ในทางเนื้อหาแล้วความผูกพันตามสัญญาเช่นนั้นหาได้ตั้งอยู่บนฐานแห่งเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีไม่ ด้วยเหตุนี้หากปรากฏว่าพฤติการณ์อันเป็นฐานแห่งการตกลงนั้นเกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิ้นไป คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการนั้นย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยอมเลิกสัญญาระหว่างกันเสียเสมือนประหนึ่งว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นโดยมีพฤติการณ์แวดล้อมในการตกลงกันนั้นเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งโดยปริยาย โดยเรียกเงื่อนไขชนิดนี้ว่าเป็น “เงื่อนไขที่ไม่บริบูรณ์” หรือ “เงื่อนไขแฝงแห่งนิติกรรม (unentwickelte Bedingung)”<sup>14</sup> แต่แนวความคิดดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับมากนัก โดยเมื่อมีการชำระสะสางและร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันขึ้นในช่วง 30 ปี ก่อน ค.ศ. 1900 นั้น ก็ไม่ได้มีการนำหลักการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยความพยายามทางวิชาการที่สำคัญที่สุดของเยอรมัน ได้แก่คำสอนของศาสตราจารย์ Oertmann<sup>15</sup> ซึ่งพัฒนาทฤษฎีว่าด้วย Geschäftsgrundlage ซึ่งแปลว่า “รากฐานแห่งนิติกรรม” มาปรับใช้แก่กรณีที่พฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดทำนองเดียวกับ Windscheid โดยเสนอว่า ในขณะที่คู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญากันนั้น เขาย่อมมีความคิดคำนึง มีความคาดหวัง หรือข้อสมมติที่รับกันระหว่างคู่สัญญาในระดับหนึ่งว่าความผูกพันตามสัญญาจะดำเนินต่อไปอย่างไร ด้วยเหตุนี้เอง เมื่อเกิดพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงจากความคาดหวังอันเป็นรากฐานของสัญญานี้ สัญญาจะยอมสิ้นผลไป ทฤษฎีนี้รับว่ารูปการณ์จิตสำนึกของคู่กรณีในขณะที่เข้าทำสัญญากันนั้นเป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งซึ่งเป็นฐานแห่งสัญญา อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้แตกต่างจากทฤษฎีของ Windscheid ซึ่งเน้นว่าเงื่อนไขแฝงเป็นส่วนหนึ่งของเจตนาของคู่กรณี ตรงที่ทฤษฎีของ Oertmann ถือว่าความนึกคิด หรือความคาดหวังเกี่ยวกับพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาว่าจะดำเนินต่อไปอย่างไรและต่อมาปรากฏว่าการณ์ไม่เป็นไปตามนั้น โดยต้องเป็นความนึกคิดหรือความคาดหวังของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันหรืออย่างน้อยเป็นที่ประจักษ์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีข้อบิดเบือนได้แย้ง ซึ่งความนึกคิดหรือความคาดหวังร่วมกันนี้ เรียกว่าเป็น “Geschäftsgrundlage” หรือ “รากฐาน

<sup>14</sup> Bernhard Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, (Düsseldorf 1850) อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 10, น. 8.

<sup>15</sup> Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage : Ein neuer Rechtsbegriff, (Leipzig 1921) อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 10, น. 16-17.

แห่งนิติกรรม” ซึ่งรากฐานแห่งนิติกรรมนี้ มิใช่องค์ประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเลย แต่เป็น ความคาดหมายที่ชักนำไปสู่การตกลงใจของคู่กรณี ดังนั้น รากฐานแห่งนิติกรรมจึงไม่ใช่เจตนา และอยู่นอกวงเขตเจตนา แต่เป็นฐานที่ตั้งหรือมูลเหตุแห่งการแสดงเจตนา ซึ่งคำสอนดังกล่าว มีจุดอ่อนตรงที่ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ตรง ๆ กับกรณีที่ปรากฏว่าพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป โดยไม่ได้คาดหมาย โดยเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาต่างคาดหมายว่าพฤติการณ์ที่ดำรงอยู่ในขณะ ทำสัญญาจะไม่เปลี่ยนแปลงไปเป็นอื่น ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีเหตุหรือมีโอกาสที่จะมีความนึกคิด หรือความคาดหมายเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงอันอาจมีมาในอนาคต และย่อมไม่ปรากฏ ความคาดหมายให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายรับรู้หรือเป็นข้อเท็จจริงประกอบการเข้าทำสัญญาพอที่จะ นำมาอ้างได้ว่าเป็นรากฐานแห่งนิติกรรม อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาแห่งจักรวรรดิเยอรมันได้นำเอา ทฤษฎีรากฐานแห่งนิติกรรมมาปรับใช้ และยังเป็นข้อความคิดที่ตกทอดมาในคำพิพากษาของ ศาลสูงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจนถึงปัจจุบัน<sup>16</sup>

เมื่อปี 2545 ประเทศเยอรมันได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งใหม่ และได้มีการ นำหลักกฎหมายเรื่องการตกไปของรากฐานแห่งนิติกรรม (Wegfall der Geschäftsgrundlage) มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในมาตรา 313 ดังนี้

“การแทรกแซงในเรื่องมูลเหตุในสัญญา

(1) ถ้าภาวะการณ์แวดล้อมซึ่งเป็นมูลเหตุของสัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงไป ในสาระสำคัญภายหลังจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน และคู่สัญญาจะไม่เข้าทำสัญญาหรือ จะได้กระทำการใด ๆ ตามที่มีการแตกต่างไปจากข้อตกลง หากคู่สัญญาได้รู้ล่วงหน้าถึง การเปลี่ยนแปลงไปเช่นนั้น ก็อาจจะเรียกร้องให้มีการปรับปรุงข้อสัญญาได้เท่าที่มีการ เปลี่ยนแปลงไปเป็นการเฉพาะกรณี เป็นการเฉพาะสัญญา หรือตามที่กฎหมายได้กำหนด ถึงความเสียหายไว้ หากคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาเดิม ซึ่งยังไม่มีมีการปรับปรุง

(2) ถ้าข้อสันนิษฐานอันเป็นสาระสำคัญซึ่งเป็นมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาได้กลายเป็น สิ่งที่ไม่ถูกต้อง ข้อตกลงนั้นก็อาจจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งภาวะการณ์

(3) ถ้าการปรับข้อสัญญาไม่อาจที่จะถูกกระทำได้ หรือไม่สามารกำหนดข้อสัญญา เป็นอย่างอื่นตามสมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์อาจเรียกร้อง ให้มีการเลิกสัญญาได้ สำหรับกรณีของสัญญาเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่ผูกพัน

<sup>16</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 17.

กันระยะยาว สิทธิในการเลิกสัญญาจะถูกแทนที่โดยสิทธิในการเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวล่วงหน้า”<sup>17</sup>

ซึ่งจากการพิจารณามาตรา 313 จะเห็นได้ว่า ลักษณะของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน ต้องเป็นกรณีที่ภาวะการณ์แวดล้อมซึ่งเป็นมูลเหตุของสัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญภายหลังจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน หรือเป็นกรณีที่ข้อสันนิษฐานอันเป็นสาระสำคัญซึ่งเป็นมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และคู่สัญญาจะไม่เข้าทำสัญญาหรือจะได้กระทำการใด ๆ ที่แตกต่างไปจากข้อตกลงหากคู่สัญญาได้รู้ล่วงหน้าถึงการเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้น

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักความรับผิดชอบเพื่อการผิดสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสค่อนข้างจะถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาโดยมีข้อยกเว้นกรณีประสบเหตุขัดข้องสำคัญในการชำระหนี้เพราะเกิดพฤติการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายที่ค่อนข้างจะเข้มงวดกว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสนั้น เหตุขัดข้องในการชำระหนี้จะรับฟังได้ และช่วยให้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อเหตุขัดข้องเหล่านั้นเป็นเหตุให้ลูกหนี้

---

<sup>17</sup> Sub-title 3: Adaptation and cessation of contracts

§313 Interference with the basis of the contract

(1) If circumstances upon which a contract was based have materially changed after conclusion of the contract and if the parties would not have concluded the contract or would have done so upon different terms if they had foreseen that change, adaptation of the contract may be claimed in so far as, having regard to all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory allocation of risk, it cannot reasonably be expected that a party should continue to be bound by the contract in its unaltered form.

(2) If material assumptions that have become the basis of the contract subsequently turn out to be incorrect, they are treated in the same way as a change in circumstances.

(3) If adaptation of the contract is not possible or cannot reasonably be imposed on one party, the disadvantaged party may terminate the contract, In the case of a contract for the performance of a recurring obligation, the right to terminate is replaced by the right to terminate on notice. อ้างใน อนงค์ สมบุญเจริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 48.

ไม่อาจชำระหนี้ได้จริง ๆ ทั้งนี้ ตามพฤติการณ์ในแต่ละกรณี ต่อมา หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้มุ่งค้นคว้าหาเหตุผลเพื่อให้มีการรับรองผลของการที่พฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปว่ามีนัยสำคัญทางกฎหมาย ความพยายามเหล่านี้เป็นที่รู้จักภายใต้หลักว่าด้วย “imprévision” (แปลว่าไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า) แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาของศาลสูงในคดีแห่งฝรั่งเศสมิได้เดินตามคำอธิบายเหล่านี้ แต่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสกลับยอมรับแนวความคิดทางกฎหมายใหม่ที่ยืดหยุ่นกว่าและพิพากษาวางหลักไปในทางผ่อนคลายนความแข็งกระด้างของศาลยุติธรรมหลายคดี<sup>18</sup>

สภาแห่งรัฐยอมรับหลักการนี้เนื่องจากเห็นว่า ถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดหมายและไม่ใช่ความผิดของใครแล้ว บริการสาธารณะจะเสียไป อันเป็นข้อแตกต่างจากในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัยแล้ว แม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้ยากเข็ญเพียงใด และเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนย่อยยับแล้ว คู่สัญญาก็ยังคงต้องทำตามสัญญาอยู่นั่นเอง ทั้งนี้ เงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้ค่าทดแทนให้เอกชนเพื่อให้การดำเนินบริการสาธารณะเป็นไปได้อย่างต่อเนื่องคือ<sup>19</sup>

(1) คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุที่เกิดขึ้นอันกระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรง และเหตุนั้นเป็นเหตุไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติการณ์เศรษฐกิจร้ายแรง หรือแม้แต่การกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า

(2) เหตุที่เกิดขึ้นต้องเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญาและซึ่งคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้

(3) เหตุที่เกิดขึ้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ความร้ายแรงของเหตุการณ์ที่กระทบต่อสัญญาต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนย่อยยับ และนานเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้

<sup>18</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิต, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น. 25-26.

<sup>19</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543) , น. 57.

#### (4) เหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้นชั่วคราว

นอกจากนี้ หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่สำคัญหลักหนึ่งก็คือ หลักเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอำนาจการแก้ไขสัญญาดังกล่าวมีฐานมาจากหลักในเรื่องความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะ กล่าวคือ ความต้องการของบริการสาธารณะมีการเปลี่ยนแปลงไป จึงจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการดังกล่าว อันเป็นลักษณะของพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป จนทำให้การชำระหนี้ตอบแทนของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอันไร้ประโยชน์หรือไม่มีทางบรรลุวัตถุประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้ เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงไปของความต้องการของบริการสาธารณะ อันเป็นลักษณะของพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นฐานของสัญญาทางปกครอง อีกประการหนึ่ง

เมื่อพิจารณาจากลักษณะการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาของระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้วจะเห็นได้ว่า ลักษณะของพฤติการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปนั้นจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์ที่นอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญา และการเปลี่ยนแปลงไปนั้นมีผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อการปฏิบัติตามสัญญา หรือมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาตามความเข้าใจของคู่สัญญานั้นเอง

#### 2.1.2.4 ผลในทางกฎหมายของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์อันเป็นรากฐานของสัญญา

เมื่อระบบกฎหมายยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* โดยยอมรับว่าความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์ ดังนั้น เมื่อมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากเมื่อขณะทำสัญญากัน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจะเป็นเช่นไร

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติผลในทางกฎหมายของกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาไว้ในมาตรา 313 ดังนี้

“การแทรกแซงในเรื่องมูลเหตุในสัญญา

(1) ถ้าภาวะการณ์แวดล้อมซึ่งเป็นมูลเหตุของสัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญภายหลังจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน และคู่สัญญาจะไม่เข้าทำสัญญาหรือจะได้กระทำการใด ๆ ตามที่มีการแตกต่างกันไปจากข้อตกลง หากคู่สัญญาได้รู้ล่วงหน้าถึงการเปลี่ยนแปลงไปเช่นนั้นก็อาจจะเรียกร้องให้มีการปรับปรุงข้อสัญญาได้เท่าที่มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นการเฉพาะกรณี เป็นการเฉพาะสัญญา หรือตามที่กฎหมายได้กำหนดถึงความเสียหายไว้ หากคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาเดิม ซึ่งยังไม่มีกรปรับปรุง

(2) ถ้าข้อสันนิษฐานอันเป็นสาระสำคัญซึ่งเป็นมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ข้อตกลงนั้นก็อาจจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งภาวะการณ์

(3) ถ้าการปรับข้อสัญญาไม่อาจที่จะกระทำได้ หรือไม่สามารกำหนดข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นตามสมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์อาจเรียกร้องให้มีการเลิกสัญญาได้ สำหรับกรณีของสัญญาเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาว สิทธิในการเลิกสัญญาจะถูกแทนที่โดยสิทธิในการเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวล่วงหน้า”

จะเห็นได้ว่า ตามหลักกฎหมายเยอรมันในกรณีที่พฤติการณ์มีการเปลี่ยนแปลงไปจนกระทบต่อสัญญาอย่างรุนแรง กฎหมายไม่ได้บังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาเดิมอย่างเคร่งครัด และไม่ได้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเรียกร้องให้มีการปรับข้อสัญญาได้ในกรณีที่การปรับข้อสัญญายังกระทำได้อยู่ แต่หากการปรับข้อสัญญาไม่อาจจะกระทำได้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์อาจเรียกร้องให้มีการเลิกสัญญาได้

โดยสรุป กรณีที่เกิดพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนกระทบต่อสัญญาอย่างรุนแรง ระบบกฎหมายเยอรมันบัญญัติผลทางกฎหมายไว้ 2 ประการ คือ การปรับข้อสัญญา และการเลิกสัญญา ทั้งนี้ หากยังอยู่ในขอบเขตที่จะปรับข้อสัญญาได้ก็ต้องปรับข้อสัญญาก่อน หากการปรับข้อสัญญาไม่อาจจะกระทำได้ จึงจะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยึดหลักความรับผิดชอบเพื่อการไม่ชำระหนี้อย่างเข้มงวด โดยหลักทั่วไปในกฎหมายลักษณะสัญญาของฝรั่งเศสนั้นเป็นไปตามมาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งมีความว่า

“สัญญาที่ได้ทำขึ้นโดยชอบย่อมมีผลบังคับแก่คู่กรณีที่ตกลงกันเช่นกฎหมายสัญญาย่อมเลิกกันโดยความยินยอมของคู่กรณีหรือโดยผลของกฎหมาย การปฏิบัติตามสัญญาต้องเป็นไปตามหลักสุจริต”

โดยผลของบทบัญญัตินี้ เป็นที่เข้าใจกันว่า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปฏิเสธการปรับใช้หลัก *clausula rebus sic stantibus* ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยยอมให้มีได้เฉพาะกรณีที่มิบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้น และให้ความสำคัญกับบทบัญญัติในวรรคหนึ่งยิ่งกว่าบทบัญญัติในวรรคสามเรื่องหลักสุจริต นอกจากนี้ ศาลสูงในคดีแพ่งของฝรั่งเศสก็ยังคงยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) อย่างเคร่งครัด แต่สภาแห่งรัฐ

(Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำพิพากษารับรองให้มีการปรับข้อผูกพันตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยสภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยอมให้มีการปรับสัญญาได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ เหตุผลสำคัญในคำพิพากษาคือการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินไปไม่ขาดตอน เพื่อที่จะได้ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้นเมื่อพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย<sup>20</sup>

ในกรณีดังกล่าวนี้ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายไว้อย่างในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่เป็นการวางแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเราจะสามารถศึกษาผลทางกฎหมายของกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์ภายหลังจากการทำสัญญานี้ได้จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ

โดยหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสที่สำคัญ คือ หลักเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว กล่าวคือ อำนาจการแก้ไขสัญญาดังกล่าวต้องมีฐานมาจากหลักในเรื่องความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับสถานการณ์ และไม่อาจนำหลักนี้ไปใช้กับกรณีอื่นนอกเหนือจากเหตุผลดังกล่าว<sup>21</sup> โดยความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ เห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนด และอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวขยายรวมถึงอำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวด้วย และศาลปกครองก็มีแนวโน้มวินิจฉัยไปในแนวทางดังกล่าว โดยอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางปกครองเป็นหลักที่แตกต่างจากหลักในสัญญาทางแพ่งที่ยึดหลักความไม่เปลี่ยนแปลงของสัญญา (immutabilité)

<sup>20</sup> กิตติศักดิ์ ปกติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 24-29.

<sup>21</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "รายงานวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แปลและเรียบเรียงจาก DROIT ADMINISTRATIF 17<sup>e</sup> EDITION, Dalloz, 1998 Jean Rivero et Jean Waline," สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง ตุลาคม 2545, น. 121.

ซึ่งแต่เดิมนั้น สภาแห่งรัฐได้อาศัยการตีความเจตนาของคู่สัญญา แต่ภายหลังได้ยอมรับอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องไปดูเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน<sup>22</sup>

จากอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองดังกล่าว คู่สัญญาจะมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปคือ ความต้องการของประชาชนส่วนรวมเปลี่ยนแปลงไป หรือประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไปนั่นเอง และการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวย่อมกระทบต่อฐานของสัญญา เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์หรือฐานของสัญญานั้นเอง การให้เอกชนคู่สัญญาชำระหนี้ตามสัญญาย่อมไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์อันแท้จริงของมูลหนี้ได้ กรณีนี้ ผลทางกฎหมายของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์อันมีผลกระทบต่อสัญญาก็คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้

และนอกจากอำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวแล้วสภาแห่งรัฐได้สร้าง “ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้” ขึ้นมาในระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่สภาแห่งรัฐยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* มาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองนั่นเอง โดยหากเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ และทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระเกินควรแก่การคาดหมายแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เอกชนคู่สัญญา เพื่อให้การบริการสาธารณะสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง และถ้าเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ดังกล่าวได้กลายเป็นเหตุถาวร คู่สัญญาย่อมสามารถที่จะนำมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ยกเลิกสัญญาได้<sup>23</sup> ดังนั้น กรณีที่มีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น และทำให้การปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นไปด้วยความยากลำบาก ผลทางกฎหมายในกรณีนี้ คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสิทธิเรียกค่าทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากรณีดังกล่าวก็คือการแก้ไขสัญญาในทางการเงินนั่นเอง และกรณีที่เหตุอันไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุถาวร การที่จะให้จ่ายค่าทดแทนไปตลอด ย่อมเป็นการไม่สมเหตุสมผล ผลทางกฎหมายอีกประการที่เกิดขึ้น ก็คือ การให้สิทธิคู่สัญญาในการยกเลิกสัญญา

<sup>22</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา วรเจตน์ ภาควิชานิติศาสตร์ และคณะ, “รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ,” สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2549, น. 13-15.

<sup>23</sup> เพิ่งอ้าง, น. 23.

โดยสรุป กรณีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังทำสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสพิจารณาทั้งในแง่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามหลักเอกลัทธิของรัฐ และในแง่ของเอกชน คู่สัญญาตามทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ ผลทางกฎหมายก็คือ การแก้ไขสัญญาและการยกเลิกสัญญาซึ่งเป็นผลเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมันนั่นเอง

## 2.2 ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ตนจะต้องใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลลงได้ เครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการนั้นปรากฏในรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ของการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากภารกิจในทางปกครองมีความหลากหลายมาก รูปแบบและประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย ซึ่งสัญญาทางปกครองก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำของฝ่ายปกครอง และมีความแตกต่างกับสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายเอกชน ในการศึกษาเรื่องหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครองด้วย

### 2.2.1 สัญญาทางปกครองในฐานะที่เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะกระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายปกครองก็ได้ การกระทำของฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายเอกชนก็เช่น สัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาทางปกครองเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครอง หรือที่เราเรียกว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

#### 2.2.1.1 ข้อความคิดพื้นฐานของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครอง ซึ่งการกระทำทางปกครองอาจจำแนกได้ ดังนี้<sup>24</sup>

<sup>24</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 72-77.

### 1) การกระทำในทางข้อเท็จจริง

การกระทำในทางข้อเท็จจริงโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่จัดอยู่ในแดนของกฎหมายปกครอง ซึ่งเราเรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” นั้น เป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง เช่น การออกประกาศเตือนการแจ้งข้อกล่าวหา ในหลายกรณีการปฏิบัติการทางปกครองจำเป็นต้องใช้กำลังทางกายภาพ เช่น การยกรถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตำรวจ การใช้กำลังเข้ารื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย เป็นต้น

### 2) การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย

การกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งผลในทางกฎหมายนั้น อาจแยกออกเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย ซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง

#### 2.1) การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง

การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติเป็นการภายใน ซึ่งอาจเป็นการกำหนดวิธีปฏิบัติงาน วิธีการบริการประชาชน หรือกฎเกณฑ์อื่นในการกำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งก่อให้เกิดผลภายในฝ่ายปกครองนั้น (เราอาจเรียกว่า “มาตรการภายในฝ่ายปกครอง”) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำได้ในสองลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ทุกคนทุกประเภทในฝ่ายปกครองนั้น ที่เรียกว่า “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” ประการหนึ่ง และกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและกำหนดให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่เฉพาะรายคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ที่เรียกว่า “คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง”

#### 2.2) การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง

การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครองอันเป็นการกระทำที่มุ่งประสงค์ต่อผลในทางกฎหมายโดยแสดงเจตนาก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง การกระทำในลักษณะนี้มีลักษณะ

เป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมายที่มีความหมายและความสำคัญที่สุด เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายกระทบกับประชาชนโดยตรง

การกระทำในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ จำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นนามธรรม มุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป ซึ่งได้แก่ “กฎ” ประเภทหนึ่ง และจำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรม มุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนโดยเฉพาะเจาะจง อันได้แก่ “คำสั่งทางปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง”

ซึ่งสัญญาทางปกครองถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง โดยให้มีผลบังคับเฉพาะคู่กรณี โดยเกิดขึ้นจากความตกลงสองฝ่าย คือ ต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกัน และเมื่อเจตนาถูกต้องสอดคล้องกันก็เกิดเป็นสัญญาในแดนของกฎหมายปกครองขึ้น

อาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็นการกระทำหลายฝ่ายและมีผลผูกพันเฉพาะเอกชนที่เป็นคู่สัญญาเฉพาะรายเท่านั้น ลักษณะของสัญญาทางปกครองนี้มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับการกระทำทางปกครองที่เป็น “การกระทำฝ่ายเดียว” บางชนิด กล่าวคือ ใกล้เคียงกับการกระทำที่เป็นการอนุญาตให้กระทำการและยกเว้นภาระหรือหน้าที่เมื่อมีบุคคลร้องขอขึ้นตามกฎหมาย เนื่องจากก่อนที่ฝ่ายปกครองจะให้คำอนุญาตหรือไม่นั้น เอกชนผู้ขออนุญาตจะต้องทำคำร้องขอขึ้นมาก่อน คำร้องขอนี้จึงคล้ายกับเป็นการทำคำเสนอในการทำสัญญาและการให้คำอนุญาตเป็นเหมือนการทำคำสนอง แต่โดยหลักการที่แท้จริงแล้ว คำร้องขอของเอกชนในกรณีนี้ไม่จัดว่าเป็นการทำคำเสนอในทางสัญญาแต่อย่างใด หากแต่เป็นการดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ขอบเขตของการเป็นสัญญาทางปกครองจึงมีความแตกต่างไปจากการให้คำอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมานี้ โดยคำขอใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตไม่ใช่ “คำเสนอ” และการยอมรับการแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการหรือกรรมการของผู้ได้รับแต่งตั้งไม่ใช่ “คำสนอง” คำขอใบอนุญาตที่ดี การยอมรับการแต่งตั้งดังกล่าวก็ดี คงมีลักษณะเป็นแต่เพียงเงื่อนไข

แห่งความสมบูรณ์หรือความมีผลบังคับของใบอนุญาตหรือคำสั่งแต่งตั้งเท่านั้น<sup>25</sup> นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองยังมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับ "การกระทำฝ่ายเดียว" ที่เป็น "การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง ระเบียบซึ่งสิทธิ หรือหน้าที่ หรือฐานะในกฎหมาย" อีกด้วย แต่ทั้งสองสิ่งนี้ก็มีความแตกต่างกัน ในทำนองเดียวกับกรณีการให้คำอนุญาตดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ กระบวนการก่อให้เกิด การเปลี่ยนแปลง หรือระเบียบซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาทางปกครองนั้น เกิดจากการตกลง ยินยอมกันในระหว่างคู่สัญญา แต่กระบวนการดังกล่าวที่เป็น "การกระทำฝ่ายเดียว" นั้นเกิดจากการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจตามกฎหมายของพนักงานฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น<sup>26</sup>

### 2.2.1.2 หลัก "การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" กับสัญญาทางปกครอง

ในรัฐที่เป็นนิติรัฐนั้น ฝ่ายปกครองหรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและการดำเนินการต่าง ๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจนั้นจากกฎหมาย และต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งในหลาย ๆ กรณีต้องใช้รูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย<sup>27</sup>

เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลัก "การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" เช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือการออกคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

หลัก "การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก "การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือหลักที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน" (Grundsatz des Vorrangs des

<sup>25</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง," เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองรุ่นที่ 12, 2549, น. 18.

<sup>26</sup> บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, "สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา," (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 14-15.

<sup>27</sup> วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), น. 37.

Gesetzes) และ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในการนำหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง นั้น นักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญา” ออกจากกัน<sup>28</sup>

โดยในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้น ฝ่ายตำรวจของเยอรมันถือหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น กำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทาง “สัญญา” จัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้ว ถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ

ส่วนในการตกลงกำหนด “เนื้อหาของสัญญา” นั้น นักกฎหมายเกือบทั้งหมดเห็นพ้อง ต้องกันว่าต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้ ส่วนปัญหาที่ว่าในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญา ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งในกฎหมายหรือไม่นั้น ยังเป็นที่อภิปรายโต้แย้งในทางตำราจนกระทั่งถึงปัจจุบัน โดยอาจแยกความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันที่มีต่อปัญหาดังกล่าวออกได้ 3 ความเห็น คือ<sup>29</sup>

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายโดยชัดแจ้ง อนุญาตให้ตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญา แม้ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้เป็นคู่สัญญาก็ตาม ทั้งนี้ เพราะถือว่า เอกชนมีส่วนโดยตรงในการร่วมกำหนดเนื้อหาของสัญญา และยินยอมรับเนื้อหาของสัญญานั้นอยู่แล้ว จึงไม่อาจถือได้ว่า เอกชนคู่สัญญาถูกฝ่ายปกครองล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิเสรีภาพ นอกจากที่กล่าวมานี้แล้ว ยังมีกรนำหลัก “volenti non fit iniuria” (ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด) มาสนับสนุนความเห็นนี้ด้วย

<sup>28</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 29, น. 271-272 (มิถุนายน 2542).

<sup>29</sup> เฟิงอ้าง, น. 272-274.

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมาย โดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชน คู่สัญญาหรือไม่ เหตุผลที่ถูกยกขึ้นสนับสนุนความเห็นนี้ เป็นเหตุผลเชิงปฏิเสธการสละ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน (เอกชนไม่อาจสละสิทธิขั้นพื้นฐานได้) นอกจากนี้ ยังเห็นว่า การที่ยอมให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยไม่มีการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง ย่อมเป็นอันตรายต่อเอกชนคู่สัญญา เพราะเอกชนคู่สัญญาอาจมิได้ไตร่ตรองให้รอบคอบก่อน เข้าทำสัญญา และอาจทำให้คู่สัญญาตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองได้

ความเห็นฝ่ายที่สาม เห็นว่า หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ควรได้รับการปรับใช้ แต่เพียงบางส่วน ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาซึ่งเอกชนคู่สัญญาร่วมกำหนดด้วย และการร่วมกำหนดเนื้อหาของเอกชนคู่สัญญานั้น มีลักษณะเป็นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน แต่หากการกำหนดเนื้อหาของสัญญาโดยคู่สัญญา ฝ่ายปกครองนำไปสู่การบังคับให้เอกชนเข้าทำสัญญาในทางความเป็นจริง เพราะเหตุว่าเอกชน ไม่มีทางเลือกอื่น ฝ่ายปกครองย่อมจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งโดยกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีพื้นฐานความชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตยมีส่วนกำหนด การตัดสินใจอันถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วย ซึ่งความเห็นนี้น่าจะเป็นความเห็นที่นักกฎหมายปกครองของเยอรมันส่วนใหญ่ยอมรับได้ และน่าจะเป็นความเห็นข้างมากในอนาคต เนื่องจากเคารพการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐานของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน และไม่ทำให้รัฐเป็นผู้อนุบาลเอกชนเกินความจำเป็น

จะเห็นได้ว่า ในส่วนของการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” คือ เจ้าหน้าที่ เลือกว่าจะใช้รูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ทราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะไว้ ส่วนเนื้อหาของสัญญานั้นก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ได้ตกลงทำสัญญากับเอกชน แล้วต่อมาภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงไปของบทบัญญัติ ของกฎหมาย อันทำให้เนื้อหาของสัญญาขัดต่อกฎหมายซึ่งออกมาใช้บังคับในภายหลัง การเปลี่ยนแปลงไปของกฎหมายก็ย่อมมีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ดังกล่าวอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ตาม หลักความชอบด้วยกฎหมายจะมีผลในทางปฏิบัติ ก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้

### 2.2.1.3 หลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” กับสัญญาทางปกครอง

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหัวใจสำคัญของหลักกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเอกชน โดยเอกชนสามารถที่จะใช้เสรีภาพในการตัดสินใจ เข้าทำสัญญา และกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้อย่างเต็มที่ภายในกรอบของกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงมิได้มีอิสระในการที่จะทำสัญญาใด ๆ กับผู้ใดก็ได้เหมือนอย่างในกรณีของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการกำหนด เสรีภาพในการทำสัญญาจึงมักถูกจำกัดใน 2 ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา<sup>30</sup>

#### (1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นรูปของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งอาจไม่แตกต่างกันมากนัก ทั้งนี้เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมายเช่นเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหน่วยงานทางปกครองต้องเป็นนิติบุคคลจึงสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไปผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่าง ๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการเข้าทำสัญญาจะต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในโครงการนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังต้องพิจารณาด้วยว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะทำนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนหรือไม่ หน่วยงานจะทำสัญญาออกนอกวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของตนไม่ได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติสามารถเข้ายื่นขอเสนอเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้โดยเท่าเทียมกันและมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ ภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา ในส่วนของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น แทบทุกประเทศจะมีวิธีการที่ไม่แตกต่างกันมากนัก สำหรับประเทศไทย โดยหลักมีวิธีการจัดซื้อและการจัดจ้างอยู่ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ และวิธีกรณีพิเศษ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามระเบียบ

<sup>30</sup> วิษณุ วรรณัญ ปิยะศาสตร์ ไชวพันธ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์, *อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 27*, น. 180-183.

สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุดำเนินการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 นอกนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

## (2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญา อย่างเช่นกรณีของเอกชนในสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น มักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ เช่น ในประเทศไทย สำนักนายกรัฐมนตรีได้กำหนดตัวอย่างแบบสัญญาซื้อขายและแบบสัญญาจ้างไว้โดยประกาศ ให้นิให้หน่วยงานราชการที่จะทำสัญญากับเอกชนยึดถือเป็นแนวทาง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาหลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” กับสัญญาทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ อย่างชัดเจนว่าแม้จะเป็นการแสดงเจตนาของหน่วยงานทางปกครอง อันเป็นหลักในการทำสัญญา ทางปกครองเช่นเดียวกับหลักในทางกฎหมายแพ่ง แต่ก็ยังมีข้อจำกัดในเสรีภาพในการทำสัญญา ทางปกครองหลายประการ อันแสดงให้เห็นว่า สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครอง เช่น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หลักการ คุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ เป็นต้น

## 2.2.2 ลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองแม้จะเกิดขึ้นจากเจตนาเสนอสอนองที่ต้องตรงกันของคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครอง อย่างหนึ่ง สัญญาทางปกครองจึงมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งเนื่องจากการกระทำที่อยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน

### 2.2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นนิติสมบัติ (Rechtsgut) ของกฎหมายมหาชน คือ เป็นวัตถุหรือสิ่งทีกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองป้องกัน ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ สาธารณะ คือ ประโยชน์ส่วนรวมของทุก ๆ คน ไม่ใช่เป็นประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวของบุคคล ซึ่งความต้องการของมนุษย์ในสังคม

โดยทั่วไปแยกออกได้เป็นความต้องการส่วนตัวและความต้องการส่วนรวม ความต้องการส่วนตัว เป็นประโยชน์เฉพาะตัวหรือประโยชน์ส่วนตัว ทุกคนต้องจัดการตอบสนองความต้องการส่วนตัวนี้ ด้วยตนเอง แต่มนุษย์รวมอยู่เป็นชุมชนใหญ่ ๆ เป็นเมือง เป็นประเทศก็มีความต้องการบางอย่าง ร่วมกัน ซึ่งถือว่าเป็นความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน ความต้องการในส่วนนี้เป็นหน้าที่ ที่รัฐจะต้องดำเนินงานมหาชน หรือจัดการบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการร่วมกัน ของมนุษย์ในสังคม<sup>31</sup> ในการดำเนินงานทางมหาชนเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์สาธารณะหรือ ประโยชน์มหาชนในระบอบประชาธิปไตยที่มีหลักการของนิติรัฐมีข้อพิจารณาอยู่ 4 ประการ คือ<sup>32</sup>

1. ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชนสอดคล้องกันให้มากที่สุด จริงอยู่ที่ว่าความต้องการของเอกชนทั้งหลายไม่เหมือนกับความต้องการทั้งหมดของมหาชน เพราะฉะนั้นการที่จะปฏิบัติให้สมประโยชน์ของมหาชนจะให้ตรงกับความต้องการของเอกชน ทุกคนเป็นราย ๆ ไปไม่ได้ แต่ก็มีกรณีที่มีความต้องการเฉพาะตัวของเอกชนสอดคล้องกับ ความต้องการของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม ด้วยเหตุนี้ในการดำเนินงานมหาชนจึงต้อง ไม่รีบด่วนลงความเห็นว่าเป็นประโยชน์ทั้งสองมีแต่จะขัดแย้งกันเสมอไป ถ้าสามารถทำให้ประโยชน์ ทั้งสองนี้ประสานกลมกลืนกันไปได้ ก็จะก่อให้เกิดความผาสุกอย่างสมบูรณ์ เพราะเสรีภาพ ที่แท้จริงเกิดจากการผสมผสานได้อย่างสอดคล้องระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและอำนาจของส่วนรวม ซึ่งเป็นความผาสุกโดยทั่วไปของประชาชน

2. ประโยชน์มหาชนอยู่เหนือประโยชน์เอกชน ในบรรดาประโยชน์ทั้งหลายของ มนุษย์นั้น กฎหมายย่อมถือว่าประโยชน์มหาชนมีค่าเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน เพราะเป็น ประโยชน์ที่ทุกคนร่วมเป็นเจ้าของ ส่วนประโยชน์เอกชนนั้นเป็นประโยชน์ของคนแต่ละคน ซึ่งอาจ มีคนเป็นเจ้าของเพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียวเท่านั้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงบัญญัติเป็นทำนอง เดียวกันว่าในบรรดาประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองป้องกันนั้นไม่มีประโยชน์อันใดที่กฎหมาย จะยกย่องยิ่งไปกว่าประโยชน์มหาชน หรืออีกนัยหนึ่งประโยชน์เอกชนย่อมต้องมีฐานะต่ำกว่าหรือ เป็นรองประโยชน์มหาชน

3. ประโยชน์เอกชนพึงสละเพื่อประโยชน์มหาชนเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม แม้จะถือว่าประโยชน์มหาชนอยู่เหนือประโยชน์เอกชน แต่ก่อนที่จะอ้างความสูงสุดของประโยชน์

<sup>31</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 29.

<sup>32</sup> เพ็ญอ้าง, น. 34-35.

มหาชนไปบังคับตรวนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนนั้น จะต้องพิจารณาหรืออย่างรอบคอบอยู่เสมอที่จะไม่ทำให้เอกชนเสียหายโดยไม่จำเป็น กล่าวคือจะใช้หลักนี้ต่อเมื่อมีกรณีเป็นปรปักษ์ระหว่างประโยชน์ทั้งสองอย่างแท้จริง และไม่มีทางจะช่วยประสานให้ประโยชน์ดังกล่าวลงรอยสอดคล้องกันได้จริง ๆ ตามหลักประการแรก กล่าวคือ แม้จะปฏิบัติอย่างไรก็ต้องมีฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายเสมอ เมื่อไม่มีวิธีที่จะดำเนินงานมหาชนให้ลุล่วงไปได้โดยไม่กระทบถึงสิทธิของเอกชนแล้ว การดำเนินงานมหาชนที่ถูกต้องจะเลือกเอาวิธีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมคือหลักในการใช้อำนาจมหาชนที่เรียกว่า “หลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ (Verhältnismäßigkeit)” ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐนั่นเอง

4. เอกชนผู้ต้องเสียหายละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์ส่วนรวมพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหาย เมื่อเอกชนต้องยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเนื่องจากกิจการที่ทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม รัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการให้เอกชนผู้เสียหายนั้นได้รับค่าชดเชยการที่จะอ้างเอาประโยชน์มหาชนไปลบล้างประโยชน์ของเอกชนโดยไม่พิจารณาถึงความจำเป็นและการชดเชยค่าเสียหายนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงต้องประกันสิทธิของบุคคลผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้ได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรม

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งที่สำคัญของกาดำเนินงานของรัฐ ซึ่งอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน ข้อพิพาทดังกล่าวจึงนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทที่ว่าประโยชน์มหาชนอยู่เหนือประโยชน์เอกชน ซึ่งแม้ข้อสัญญาจะถือเป็นเสมือนกฎหมายสำหรับคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด แต่หากมีกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นจนทำให้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์อื่นก็จำต้องหลบเลี่ยงให้ แต่ก็ไม่เพียงพอเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เอกชนผู้ต้องได้รับความเสียหายคือเอกชนคู่สัญญาย่อมมีสิทธิได้รับการชดเชยจากรัฐเช่นกัน

หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง เพราะความต้องการส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนเป็นภารกิจที่รัฐจะต้องดำเนินการ ซึ่งภารกิจของรัฐอาจแยกได้เป็นสองประเภท ประเภทที่หนึ่งคือ การคุ้มครองหรือให้ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยประชาชนภายในประเทศ การป้องกันภัยพิบัติ การรักษาความมั่นคงของประเทศ และการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และประเภทที่สอง ภารกิจที่รัฐจัดทำเพื่อทำนุบำรุงส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งภารกิจของรัฐประเภทที่สองนี้เอง ที่ทำให้รัฐ

มีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นการสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การดำเนินงานบริการสาธารณะจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ<sup>33</sup>

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาค

การที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น มิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน โดยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนั้นมีทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ และการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ ซึ่งหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะนี้ มีข้อพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ แม้รัฐจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทน แต่รัฐก็ยังต้องมีส่วนรับผิดชอบในเรื่องความต่อเนื่องของกิจกรรมที่มอบให้เอกชนไปจัดทำ โดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

(1) การเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้ แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองต่อความต้องการของบริการสาธารณะ

(2) การลงโทษในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือยึดกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ

(3) เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น และมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้

---

<sup>33</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), น. 36-45.

ตามปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปรับภาระบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง

### 3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีความหมายถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม ในกรณีที่รัฐทำสัญญาเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะก็เช่นกัน หากมีกรณีที่เหตุการณ์หรือสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบในการบริการสาธารณะก็สามารถแก้ไขกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปฏิบัติตามสัญญาได้ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปอย่างได้ผลดีที่สุด

เมื่อสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการที่จะมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง การดำเนินการตามสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การบริการสาธารณะทั้ง 3 ประการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การบริการสาธารณะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการสนองตอบความต้องการของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง

#### 2.2.2.2 การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

สัญญาในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้น จะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น และโดยเหตุที่สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่ผูกอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่ามีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน (ระบบกฎหมายปกครอง) หรือไม่ ดังนั้น ในระบบกฎหมายใดที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน เราย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายนั้นมี “สัญญาทางปกครอง”<sup>34</sup>

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 239-241.

การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนมีพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยโรมัน และเริ่มปรากฏชัดขึ้นอย่างเป็นทางการในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 16 เพราะเริ่มมีกระบวนการบัญญัติกฎหมายในยุคนั้นกฎหมายปกครองจึงปรากฏตัวขึ้น จนกระทั่งกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายมหาชนได้แยกออกมาเป็นเอกเทศเคียงคู่กับกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดบางประการในกฎหมายเอกชนก็ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายมหาชนอย่างแยกกันไม่ออก<sup>35</sup>

ในประเทศเยอรมัน หลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองเป็นที่ยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนอยู่ในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้าม สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นเวลานาน โดยระยะแรกเริ่ม Otto Mayer (1846-1918) บิดาแห่งกฎหมายปกครองสมัยใหม่ของเยอรมัน ซึ่งเป็นผู้ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อความคิดและหลักกฎหมายปกครองของเยอรมันไม่เห็นด้วยและคัดค้านการนำหลักสัญญามาใช้กับกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง โดยมีความเห็นว่า หลักกฎหมายสัญญามีข้อจำกัดหรือมีคุณลักษณะคือผู้ทรงสิทธิหรือตัวการตามกฎหมายทั้งสองฝ่ายต้องมีฐานะเท่าเทียมกัน แต่กฎหมายมหาชนเป็นเรื่องที่รัฐมีอำนาจเหนือฝ่ายเอกชนในระบบกฎหมายปกครองรัฐจะเป็นผู้กระทำการต่าง ๆ เป็นผู้วางกฎเกณฑ์ ในขณะที่เอกชนเป็นเพียงผู้รับการกระทำเท่านั้น สัญญาตามกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) ที่แท้จริงเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ Otto Mayer จึงปฏิเสธเรื่องสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนตลอดมา อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่เห็นว่า หลักหรือสถาบันของสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ อีกทั้งในทางปฏิบัติมีการทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้วด้วย ความเห็นของนักกฎหมายที่สนับสนุนสัญญาทางปกครอง อาทิเช่น Laband ให้เหตุผลสนับสนุนหลักสัญญาทางปกครองว่า รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้ เพราะรัฐมีฐานะเป็นผู้ปกครองจึงสามารถกำหนดลักษณะของกฎเกณฑ์ในรูปแบบใดก็ได้ที่รัฐพึงพอใจและเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์ Forsthoff มีความเห็นว่าสัญญาเป็นเรื่องที่มีมาแต่เดิม และหลักเรื่องสัญญาสามารถนำมาใช้กับกฎหมายมหาชนได้ ด้วยรัฐไม่อาจจะจำกัดตัวเองแต่เฉพาะรูปแบบของการออกกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวในรูปของคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป เพราะว่ารรัฐมีภารกิจที่หลากหลายในการที่จะต้องดำเนินการทางปกครองที่ทันสมัย รัฐจึงอาจเจรจาตกลงกับเอกชนในรูปแบบของสัญญาได้ Jellinek เห็นว่าสัญญา

<sup>35</sup> Worachet Pakeerut, *supra note* 8, p. 5.

ทางปกครองเกิดขึ้นได้ เนื่องจากเจตนาเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ นักกฎหมายมหาชนอีกหลายคนได้เขียนงานวิชาการออกมาสนับสนุนสัญญาทางปกครอง เช่น Imboden Salzwedel และ Stern เป็นต้น โดยในระยะแรกประเด็นที่ถกเถียงกันมากเป็นเรื่องธรรมชาติทางกฎหมายของความสัมพันธ์ในการเป็นข้าราชการ ซึ่งในศตวรรษที่ 18 ถือกันว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ต่อมาเห็นว่าเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครอง แต่แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันก็ตาม ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองกลับมีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผลของความจำเป็น ต้องใช้รูปแบบของการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้ ทั้งนี้ ในรัฐสมัยใหม่ ฝ่ายปกครองดำเนินการในหลากหลายรูปแบบตามกฎหมายเอกชนและมหาชน เพื่อให้ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่มีอยู่มากมายบรรลุผล อีกทั้งภาระหน้าที่ของรัฐได้ขยายเพิ่มมากขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องขยายวิธีการและดำเนินการของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครองจึงเป็นรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นทางเลือกของฝ่ายปกครองและก็อาจเข้ามาช่วยเสริมการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว สัญญาทางปกครองถือว่าเป็นเครื่องมือแห่งกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่จำเป็นและชอบธรรมด้วยเหตุผลว่า สัญญาทางปกครองทำให้ฝ่ายปกครองง่ายแก่การดำเนินการในกรณีเฉพาะเรื่องเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเป็นธรรม ซึ่งในปี ค.ศ. 1966 ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ได้ยอมรับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปของสัญญาตามกฎหมายมหาชน โดยได้พิพากษาแสดงถึงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการให้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง และในที่สุดสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมันเมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในปี ค.ศ. 1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครองตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> เพ็ญศรี วงศ์เสรี, "สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน," เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547, เรื่อง สัญญาทางปกครองและพัสดุ, สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2545, น. 1-3. และมานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมาย

ส่วนกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีจุดกำเนิดสำคัญอยู่ที่ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ปี 1789 ผู้ก่อการปฏิวัติได้ตรากฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาพิจารณาคดีปกครอง เพราะเกรงว่าศาลจะทำตัวเหมือน Le Parlement ในยุคก่อนปฏิวัติที่พยายามขัดขวางการพัฒนาของกษัตริย์ ดังนั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และสภามณฑล (Conseil de Préfecture ซึ่งเป็นองค์กรอันเป็นที่มาของศาลปกครองชั้นต้นในปัจจุบัน) ซึ่งก่อตั้งขึ้นในยุคคนโปเลียน จึงต้องพิจารณาคำร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับเรื่องที่ฝ่ายปกครองไปก่อความเสียหายให้ประชาชน ในหน้าที่นี้เองที่ทำให้สภาแห่งรัฐกลายเป็นศาลปกครองในยุคต่อ ๆ มา พร้อมกับห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดีปกครองนั่นเอง กฎหมายในยุคปฏิวัติฝรั่งเศสที่สำคัญฉบับหนึ่ง คือ รัฐบัญญัติลงวันที่ ๒๔ Pluviôse VIII (ค.ศ. 1804) ซึ่งเป็นที่มาสำคัญของหลักสัญญาทางปกครองได้บัญญัติในมาตรา ๑ ให้คดีที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจของสภามณฑล Conseil de Préfecture และของสภาแห่งรัฐในชั้นอุทธรณ์ จากจุดนี้เองที่ทำให้สภาแห่งรัฐเริ่มพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองให้ห่างจากสัญญาทางแพ่งออกไปทุกที นอกจากนี้สภาแห่งรัฐเริ่มตีความขยายรัฐบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาโยธาสาธารณะขึ้นศาลปกครองนั้น ขยายไปถึงสัญญาหลายประเภทที่ไม่ใช่สัญญาก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าวอย่างใกล้ชิด เป็นต้นว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สภาแห่งรัฐก็ถือว่าใกล้ชิดกับสัญญาก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินมากจึงต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ทั้งสภาแห่งรัฐและนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเริ่มเปลี่ยนแนวมายึดหลักว่าทฤษฎีที่เป็นหัวใจของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส คือ ทฤษฎีบริการสาธารณะ ณ จุดนี้เองที่ทฤษฎีสัญญาทางปกครองวิวัฒนาการไปมากและเป็นรากฐานจนถึงปัจจุบัน นอกจากนั้น ทฤษฎีใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในยุคนี้ล้วนมีที่มาจากทฤษฎีบริการสาธารณะทั้งสิ้น เช่น ทฤษฎีอำนาจการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ฯลฯ และในปัจจุบันหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศสก็ยิ่งวิวัฒนาการอย่างรวดเร็วตามสภาพสังคมที่ซับซ้อน

---

ว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2546), น. 1-3.

โดยบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ทั้งนี้ เพื่อปรับให้กฎหมายทันสมัยกับเหตุการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา<sup>37</sup>

ในประเทศที่มีการแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และมีรูปแบบของ “สัญญาทางแพ่ง” และ “สัญญาทางปกครอง” เกิดขึ้นนั้น การแยกแยะสัญญาทั้งสองประเภทดังกล่าวออกจากกันให้ได้นับว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งในแง่ของศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น หากข้อพิพาทที่เป็นเหตุให้ให้ต้องนำคดีมาสู่ศาลเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางแพ่ง ศาลที่จะมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวคือ ศาลแพ่ง แต่หากข้อพิพาทที่เป็นเหตุให้ต้องนำคดีมาสู่ศาลเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทในลักษณะเช่นใด (การตีความสัญญา กับบังคับให้เป็นไปตามสัญญา การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ฯลฯ) ศาลที่จะมีเขตอำนาจเหนือคดี คือ ศาลปกครอง<sup>38</sup>

ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ นั้น หากเป็นสัญญาทางแพ่ง ศาลยุติธรรมก็ต้องนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันหรือเอกชนกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่สัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองนั้น ศาลปกครองย่อมต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้แก้คดี เนื่องจากศาลต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายเอกชนพัฒนามายาวนานกว่ากฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสัญญา ซึ่งสัญญาทางปกครองเองก็เป็นสัญญาในรูปแบบหนึ่งเช่นกัน หลักกฎหมายในสัญญาทางแพ่งจึงถูกนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นแดนของสัญญาทางปกครอง

ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น โดยเหตุที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลยุติธรรมเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการตกลงกันของคู่ความ ศาลยุติธรรมจึงไม่จำเป็นต้องก้าวลงมาค้นหาความจริงแห่งคดี แต่ต้องผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบและพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่น่าสืบได้อย่างมีน้ำหนักมากกว่าเป็นฝ่ายชนะคดี กฎเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์คงเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ถ้การดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นเป็นการดำเนิน

<sup>37</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง,” สถาบันพระปกเกล้าฯ ร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, น. 7-9.

<sup>38</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, 243-244.

กระบวนการพิจารณาในศาลปกครอง แม้กระบวนการพิจารณาดังกล่าวจะเป็นเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ศาลปกครองย่อมจะต้องดำเนินกระบวนการตามหลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน ซึ่งหมายความว่าศาลปกครองไม่ผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอต่อศาลเพียงประการเดียวเท่านั้น แต่มีอำนาจค้นหาความจริงโดยการเรียกพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบได้เองด้วย<sup>39</sup>

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองเป็นความจำเป็นในการดำเนินการตามภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ซึ่งมีความหลากหลายมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการดำเนินกิจการสาธารณะ และการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งมีความสำคัญทั้งในแง่ของศาลที่มีเขตอำนาจ ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติที่นำมาใช้บังคับกับสัญญา และในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

### 2.2.2.3 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง

แม้ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ จะมีข้อความคิดว่าด้วย “สัญญาทางปกครอง” เหมือนกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าเนื้อหาหรือโครงสร้างภายในของข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในประเทศต่าง ๆ เหล่านั้นจะต้องเหมือนกันไปด้วย สัญญาที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ระบบกฎหมายเยอรมันอาจถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาบางอย่างที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมันและถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้นอาจถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่เคยเกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเลยก็ได้<sup>40</sup> ซึ่งลักษณะของสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันจะกล่าวถึงในบทต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นมีเกณฑ์ที่จะต้องนำมาพิจารณา ๒ เกณฑ์ คือ เกณฑ์ด้านบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาประการหนึ่งและเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอีกประการหนึ่ง โดยเกณฑ์ด้านบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาถือเป็นเกณฑ์ในทางรูปแบบ ส่วนเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเกณฑ์ในทางเนื้อหา

กรณีที่ใช้บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาเป็นเกณฑ์นั้น อาจกล่าวได้ว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ตามเกณฑ์นี้อาจใช้ไม่ได้ในทุกกรณี เพราะในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน

<sup>39</sup> เฟิงอ๋าง, 244-245.

<sup>40</sup> เฟิงอ๋าง, น.241.

ทางปกครอง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาที่เกิดขึ้นอาจเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองอาจทำสัญญาซึ่งกระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชนก็ได้ นอกจากนี้ บางระบบกฎหมายเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน<sup>41</sup>

สำหรับการใช้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้น เป็นการพิจารณาโดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาเป็นใคร แต่หากวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องที่เกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับกฎหมายปกครองหรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เนื้อหาของสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งหากมีการตกลงกันให้ถือว่าเป็นเรื่องทางปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวนั้นย่อมถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

ระบบกฎหมายหลายระบบไม่ได้ใช้เกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งเพียงประการเดียวในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เช่น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดว่าสัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และต้องมีเนื้อหาของสัญญาในการ “บริการสาธารณะ” (service public) ในกรณีไม่ปรากฏชัดเจนว่าสัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับ “บริการสาธารณะ” สัญญานั้นยังคงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏว่าในสัญญาดังกล่าว มี “ข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏเป็นปกติในสัญญาทางแพ่งและเป็นข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองอย่างมาก (une clause exorbitant du droit commun (civil)) ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น สัญญาดังกล่าวจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ระบบกฎหมายเยอรมันเน้นที่วัตถุประสงค์ของสัญญา และพยายามที่จะเชื่อมโยงวัตถุประสงค์แห่งสัญญากับกฎหมายปกครองเข้าด้วยกัน<sup>42</sup>

โดยสรุป อาจกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครอง คือ สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเกี่ยวข้องโดยตรงกับภารกิจของรัฐในทางปกครองนั่นเอง

<sup>41</sup> รัตติ สุนทรวราภาส, “ขอบเขตของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น. 41.

<sup>42</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 246-247.

## 2.3 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองโดยทั่วไปแล้วก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับกรณีสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งหลักสำคัญในการแก้ไขสัญญาต้องเกิดจากความเห็นพ้องต้องกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์ภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ต้องยึดถือข้อกำหนดตามสัญญาเดิม คู่สัญญาอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือเลิกสัญญาได้ เพื่อความยุติธรรมของคู่สัญญา ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ของแต่ละระบบกฎหมาย หากการเปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวเกิดขึ้นในสัญญาทางปกครอง อันทำให้มีผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งย่อมกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้วย ดังนั้น ในสัญญาทางปกครองนอกจากความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาแล้ว ประโยชน์สาธารณะก็ย่อมมีผลต่อการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครองด้วย

### 2.3.1 การยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง

ตามหลัก *clausula rebus sic stantibus* การปฏิบัติตามสัญญาจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสถานการณ์อันเป็นรากฐานของสัญญานั้น และตราบใดที่สภาพการณ์เช่นนั้นยังไม่เปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาก็จะต้องผูกพันกันตามสัญญาที่ได้ตกลงกันได้ แต่หากมีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น และมีผลกระทบต่อรากฐานของสัญญา คู่กรณีก็ไม่ควรจำต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันได้ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณี หลัก *clausula rebus sic stantibus* จึงเรียกร้องให้มีการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญา หรือให้มีการเลิกสัญญาได้ ซึ่งเหตุแทรกซ้อนที่ทำให้พฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาต่างไปจากขณะที่มีการทำสัญญากันนั้นอาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ในทุก ๆ สัญญาและทุกระบบกฎหมาย หลัก *clausula rebus sic stantibus* จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้เกิดความยุติธรรมระหว่างคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม การยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็มีความแตกต่างกัน โดยมีทั้งการไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวเนื่องจากยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) อย่างเคร่งครัด หรืออาจมีการยอมรับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายหรือยอมรับโดยคำพิพากษาของศาล

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ในทางกฎหมายแพ่งได้มีการยอมรับหลักนี้โดยแนวคำพิพากษาของศาลเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีตามพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณี ๆ ไป แต่ต่อมา ในปี 2002 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งจึงได้มีการบัญญัติมาตรา 313 เกี่ยวกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญาขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนในกฎหมายปกครองนั้น หลักการนี้ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976

โดยในส่วนของกฎหมายมหาชนนั้น แม้กฎหมายมหาชนจะได้แยกออกมาเป็นเอกเทศอยู่คู่กับกฎหมายเอกชนแล้วก็ตาม กฎหมายมหาชนก็ยังได้ยึดโยงในบางจุดของกฎหมายเอกชนอยู่ และได้ยอมรับในหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชน แต่การนำหลักการนี้ไปใช้ก็ยังมีขอบเขตอยู่เพียงแค่มูลเหตุสัญญาของรัฐและกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยในส่วนของกฎหมายปกครองนั้น เมื่อได้มีการปรากฏตัวขึ้นของ “สัญญาในกฎหมายปกครอง” จึงได้มีการนำหลัก *clausula rebus sic stantibus* มาใช้ และต่อมาในภายหลังก็ได้มีคำพิพากษาที่มีความหมายในเชิงยอมรับหลักการของ *clausula rebus sic stantibus* ในกฎหมายปกครอง<sup>43</sup> อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครองไว้เป็นกรณีพิเศษ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขปัญหาของนักกฎหมายเยอรมันในการตรากฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันตามสัญญา (*pacta sunt servanda*) ตามกฎหมายแพ่งและหลักการให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (*öffentliches Interesse*) ตามกฎหมายมหาชน<sup>44</sup>

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แนวคำพิพากษาในคดีแพ่งของฝรั่งเศสยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) อย่างเคร่งครัด จนอาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่ยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* แต่ในทางกฎหมาย

<sup>43</sup> Worachet Pakeerut, *supra* note 8, pp. 5-6.

<sup>44</sup> มานิตย์ วงศ์เสวี, “การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 18 ตอน 2, น. 82-83.

ปกครอง สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำพิพากษาคดีปกครองโดยพิพากษารับรองให้มีการปรับข้อผูกพันตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ เนื่องจากการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินไปโดยไม่ขาดตอน หลัก *clausula rebus sic stantibus* ได้รับการยอมรับให้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาในหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาหรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หากมีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งประโยชน์สาธารณะ และหลักสมดุลทางการเงินของสัญญาในทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ซึ่งเอกชนคู่สัญญาจะได้รับค่าทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่เกิดเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้จนเอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระหนักเกินควร ทั้งนี้ เพื่อให้การบริการสาธารณะสามารถดำเนินต่อไปได้นั่นเอง

จะเห็นได้ว่า ในสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงกับเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายมหาชน การยึดถือหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อย่างเคร่งครัดอาจทำให้ประโยชน์สาธารณะเสียหายได้ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองยืนอยู่บนความขัดแย้งสองด้าน ด้านหนึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเคารพสัญญาทางปกครองที่ตนเองได้ตกลงผูกพันกับเอกชนไปแล้ว อีกด้านหนึ่งฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำการเพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะเสียหาย ความขัดแย้งระหว่างหลักการสองประการนี้ได้รับการประนีประนอมในเยอรมันเป็นบทบัญญัติในรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการเรียกร้องให้ปรับเปลี่ยนและยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันอาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิพิเศษยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ ส่วนในฝรั่งเศสก็มีการยอมรับหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน โดยเหตุผลสำคัญของคำพิพากษาคือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าว แท้ที่จริงแล้วก็คือหลัก “*clausula rebus sic stantibus*” ซึ่งถือกันว่าเป็นข้อยกเว้นของหลัก “*pacta sunt servanda*” นั้นเอง เพียงแต่ในสัญญาทางปกครองหลัก *clausula rebus sic stantibus* ได้รับการปรับใช้ในลักษณะให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นพิเศษเพราะเหตุที่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่เป็นผู้คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม การยอมรับสิทธิพิเศษในการยกเลิกสัญญาของ

ฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายเยอรมันก็เป็นไปอย่างเคร่งครัดกว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาก<sup>45</sup>

### 2.3.2 มูลเหตุในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง

การที่บุคคลสองฝ่ายเข้าทำสัญญากันนั้น จะมีสภาพการณ์หรือสถานการณ์ หรือข้อเท็จจริงบางประการที่ถือเป็นเสมือนรากฐานหรือมูลเหตุของการตกลงเข้าทำสัญญาก่อนนี้ ระหว่างกัน และตราบใดที่สภาพการณ์เช่นนั้นยังไม่เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญาก็จะต้องตกลงผูกพันตามพันธกรณีที่ตกลงไว้ต่อกัน ดังนั้น หากมีเหตุการณ์บางประการอันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นในอนาคต และมีผลทำให้กระทบต่อรากฐานนั้น ๆ คู่กรณีก็ไม่ควรจะต้องผูกพันปฏิบัติตามเนื้อหาแห่งสัญญาที่ตกลงกันไว้แต่เดิม โดยมีสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขข้อสัญญาหรือเลิกสัญญาได้ ซึ่งมูลเหตุที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงไปของสัญญาในขณะก่อสิทธิและขณะปฏิบัติการชำระหนี้ จนทำให้มีสิทธิขอให้คู่สัญญาแก้ไขข้อสัญญาหรือเลิกสัญญาได้นั้น ในสัญญาทางแพ่งก็เช่น การเกิดวิกฤตเศรษฐกิจทำให้ค่าเงินเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หรือ ราคาของสินค้าเกิดการเปลี่ยนแปลงไปจนเกินความคาดหมายของคู่สัญญา การเกิดสงคราม หรือการเกิดภัยพิบัติ การห้ามนำเข้าหรือส่งออกวัตถุดิบที่ใช้ผลิตสินค้าบางชนิด อันทำให้การปฏิบัติตามสัญญานั้น เป็นภาระอันเกินควรแก่ความคาดหมายหรือการชำระหนี้ไม่มีทางบรรลุตามความประสงค์ อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ กรณีตามตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลกระทบต่อสัญญา ในสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง อันอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นอกจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปจะผลกระทบต่อสัญญาแล้ว การเปลี่ยนแปลงไปของบทบัญญัติของกฎหมายก็ย่อมมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

จึงขอแยกมูลเหตุในการเปลี่ยนแปลงไปของสัญญาทางปกครองอันทำให้คู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็น 2 กรณี

<sup>45</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, “รายงานวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน หัวข้อที่ 2 หลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครอง,” เสนอ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 7.

### 2.3.2.1 กรณีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป

ในสัญญาทางปกครองนั้น นอกจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานสำคัญ ในการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปจะเป็นเช่นเดียวกับในสัญญาทางแพ่ง เช่น การเกิดวิกฤติเศรษฐกิจ ภัยพิบัติ หรือการเกิดสงครามแล้ว เหตุที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงไป ของสัญญาที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ ประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการรักษาไว้ ซึ่งประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าเงื่อนไขของคู่สัญญาซึ่งจะต้อง ถูตามประโยชน์สาธารณะในกรณีที่มีความขัดแย้งกัน เช่น ตัวอย่างในคดี Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Les-Rouen<sup>46</sup> ในฝรั่งเศสซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในปี 1874 เทศบาลเมืองเดวิลส์- เล-รูดง ได้ทำสัญญาให้สัมปทานผูกขาดบริษัทก๊าซดังกล่าวตามไฟถนนแต่ผู้เดียว ต่อมา ในปี 1887 เทศบาลเมืองข้าง ๆ ได้เริ่มใช้ไฟฟ้ากัน เทศบาลเดวิลส์-เล-รูดง ก็ทำสัญญากันใหม่กับ บริษัทให้ตามไฟด้วยก๊าซเหมือนเดิมโดยสัญญาไม่ระบุถึงไฟฟ้าเลย ต่อมา ในปี 1893 เทศบาล พยายามขอเปลี่ยนสัญญาให้บริษัทตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า แต่ไม่เป็นผลสำเร็จเรื่อยมาจนมาถึง ค.ศ. 1897 เทศบาลจึงทำสัญญากับนาย Lemoine ให้ตามไฟฟ้าตามถนน บริษัทจึงมาฟ้องศาลเรียก ค่าเสียหายโดยอ้างว่าเทศบาลผิดสัญญาผูกขาดตามไฟฟ้ด้วยก๊าซที่ทำกับตน ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ ตัดสินว่า บริษัท Compagnie nouvelle de gaz de Deville-Res-Rouen มีสิทธิที่จะตามไฟด้วย วิธีใดก็ได้ แต่เทศบาลก็ยังมีสิทธิที่จะดำเนินการตามไฟตามถนนด้วยไฟฟ้า หรือให้สัมปทานกับ บุคคลที่สามได้ ถ้าเทศบาลได้เตือนให้บริษัทแรกทราบถึงความต้องการให้ปรับปรุงและบริษัท ปฏิเสธข้อเสนองของเทศบาล นอกจากนี้ ในคดี Viette ศาลก็ยึดหลักเดียวกันคือ ในคดีที่เทศบาล จ้างนาย Viette ให้ผลิตไฟฟ้ามีแรงม้าเพียง 70 แรงม้าตามสัญญา แต่ต่อมาประชาชนต้องการใช้ ไฟฟ้าเพิ่มขึ้นมาก ศาลตัดสินว่าเทศบาลขอให้ผู้รับสัมปทานเพิ่มแรงกระแสไฟฟ้าให้พอกับ ความต้องการของประชาชนได้ ถ้าผู้รับสัมปทานไม่ทำ สิทธิผูกขาดไฟฟ้าแต่ผู้เดียวก็หมดไป<sup>47</sup>

จากคดีดังกล่าวในฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า การที่ความต้องการของส่วนรวมหรือ ประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไปนั้น เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นฐานของสัญญาทางปกครอง ซึ่งทำให้คู่สัญญามีสิทธิ

<sup>46</sup> C.E. 10janv. 1902, Gr.Ar.,p.38 อ้างใน บุษผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), น. 126.

<sup>47</sup> C.E.,26mai 1930, Viette, Res.564 : อ้าง, น. 127.

ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวได้รับการปรับใช้  
 ในลักษณะที่ให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นพิเศษเพราะรัฐเป็นผู้คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ  
 ส่วนในเยอรมัน ได้มีการบัญญัติในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงแก้ไข  
 สัญญาทางปกครองเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ตามที่กำหนดไว้ใน  
 สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นโดยบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง VwVfG  
 มาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง โดยตัวอย่างข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการ  
 กำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครอง เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องราคาและค่าใช้จ่าย  
 ข้อมูลและความรู้ทางเทคนิค วิทยาศาสตร์การแพทย์ และการค้นพบสิ่งใหม่ ๆ เป็นต้น<sup>48</sup>

### 2.3.2.2 กรณีบทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง จึงต้องตกอยู่  
 ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจ  
 ตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้<sup>49</sup> กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของ  
 บทบัญญัติของกฎหมายแล้วมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองที่ได้กระทำไปแล้ว ในเยอรมัน  
 คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ ตามที่มาตรา 60 VwVfG  
 ได้บัญญัติไว้ เพื่อนำไปสู่การวางกฎเกณฑ์หรือเนื้อหาของสาระใหม่ของสัญญา ส่วนในฝรั่งเศสนั้น  
 แม้จะไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเยอรมันก็ตาม แต่หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่  
 สำคัญของฝรั่งเศส คือ อำนาจการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ดังนั้น หากมีบทกฎหมายที่  
 เปลี่ยนแปลงไปและทำให้สัญญาทางปกครองขัดกับกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ  
 ย่อมสามารถใช้อำนาจแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่บทกฎหมาย  
 เปลี่ยนแปลงไปแล้วก่อให้เกิดภาวะพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น  
 ในสัญญากับเทศบาลนั้น ปรากฏว่ารัฐ (ฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา) เป็นผู้ใช้อำนาจทำให้  
 ภาวะของเอกชนคู่สัญญาเพิ่มขึ้นโดยออกกฎหมายหรือคำสั่งเฉพาะเรื่องมาเช่นนี้ ต้องบังคับ  
 ตามทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้<sup>50</sup> ซึ่งในกรณีนี้หากพิจารณาลักษณะของการเปลี่ยนแปลงไปแล้ว  
 จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากบทบัญญัติของ

<sup>48</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 36, น. 29.

<sup>49</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น. 271.

<sup>50</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 56.

กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อเนื้อหาของสัญญาแต่กระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาเนื่องจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น การขึ้นภาษี การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า เป็นต้น

โดยสรุป มูลเหตุหลัก ๆ ของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง มี 2 กรณี คือ (1) การเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริง และ (2) การเปลี่ยนแปลงไปของบทกฎหมาย ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันในบทต่อไป

### 2.3.3 กระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง

กระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งฐานของสัญญาทางปกครองนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายของแต่ละประเทศจะได้กำหนดไว้ว่า หากมีกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์ในขณะที่ทำสัญญา อันกระทบต่อฐานของสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีสิทธิในการดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาอย่างใดได้บ้าง และหากไม่สามารถตกลงกันได้จะมีสิทธิเรียกร้องอย่างไรต่อไป

ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน มาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwvFG บัญญัติให้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองได้ เว้นแต่ในกรณีที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ในเบื้องต้นจึงต้องอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่เนื้อหาสาระใหม่ของสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ โดยอาศัยคำฟ้องแบบ allgemeine Leistungsklage<sup>51</sup> ทั้งนี้ เพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้มีการ

<sup>51</sup> คำฟ้องประเภท “Leistungsklage” หมายถึง คำฟ้องที่ขอให้ศาลวินิจฉัยให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองกระทำการ (Vornahmeklage) หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (Unterlassungsklage) มานิตย์ วงศ์เสรี, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศเยอรมนี, สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2552, น. 2.

เปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ โดยศาลปกครองอาจพิพากษาให้ถือว่าคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยินยอมเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองตามคำสั่งของศาลปกครองได้ ส่วนกรณีของการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองเป็นไปไม่ได้หรือไม่สมเหตุผลผลนั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว และการบอกเลิกสัญญามีผลสมบูรณ์เมื่อการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว<sup>52</sup>

ส่วนในฝรั่งเศสนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล และเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องปฏิบัติตาม เพื่อไม่ให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้นจะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกินขนาดเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้ใหม่ที่ไม่ได้กำหนดไว้ และไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเลย (C.E., 8 fév. 1889, corre, 181; 16 nov. 1928, Ravure, 193) หรือขอให้เพิ่มของจากที่กำหนดไว้ในสัญญาถึง 3 เท่าตัว ทั้งที่ไม่สามารถแสดงได้ว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพิ่มขึ้นถึงขนาดนั้น (C.E. 15 nov. 1902, Olmer, Rec., P 665) ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะฝ่ายปกครองกับเอกชนทำสัญญากันเพื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาบางอย่าง การเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจนทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่ และการเปลี่ยนแปลงตามอำเภอใจอาจไม่เป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาโดยรู้ว่าตนมีข้อจำกัดทางเทคนิคหรือการเงิน<sup>53</sup> นอกจากนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้เอกชนจะต้องปฏิบัติตามอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง แต่ก็มีสิทธิฟ้องศาลเพื่อเรียกค่าชดเชยได้ และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนเป็นการแลกเปลี่ยนตาม “ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince)” ตัวอย่างเรื่องนี้ คือคดี *Compagnie générale française des tramways* ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จังหวัดได้ทำสัญญาให้สัมปทานเดินรถรางแก่บริษัทโดยกำหนดจำนวนรถไว้ในสัญญา ต่อมาในฤดูร้อนประชาชนต้องการใช้รถมากขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงอาศัยอำนาจตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1881 เพิ่มจำนวนขบวนรถขึ้น แต่บริษัทไม่ยอม โดยอ้างข้อสัญญาว่าตนยินดีเพิ่มเที่ยวรถแต่ไม่เพิ่มจำนวนรถ บริษัทจึงฟ้องคดี ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า

<sup>52</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 36, น. 27-28.

<sup>53</sup> บุปผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 46, น. 127-128.

เมื่อพิเคราะห์รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ฝ่ายปกครองหาจะมีเพียงสิทธิที่จะอนุมัติเวลาเดินทางและเที่ยวรถไม่ แต่ยังสามารถแก้ไขหรือเพิ่มเติมจำนวนรถได้ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดี แต่บริษัททรูรางก็ย่อมมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสัญญานี้ได้ โดยมีข้อสังเกตที่น่าสนใจอยู่ในคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี Léon Blum ตอนหนึ่งว่า "...แต่ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวแล้ว ทำให้ประโยชน์ทางการเงินในสัญญาของผู้รับสัมปทานเสียไป... เกิดการเสียดุลยภาพระหว่างประโยชน์ตอบแทนกับภาระที่เพิ่มขึ้น ไม่มีอะไรห้ามเอกชนผู้รับสัมปทานที่จะร้องขอให้ศาลตัดสินว่าการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวที่ชอบด้วยกฎหมายและก่อกำหนดใหม่ให้เอกชนนั้น ทำให้เขาเสียหายต้องชดใช้ค่าเสียหายให้"<sup>54</sup>

นอกจากนี้ กรณีที่มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้ยากขึ้นเพียงใดและเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนย่อยยับแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยค่าทดแทนเพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมา อันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง ผลทางกฎหมายของเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ก็คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แต่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นและผลทางกฎหมายเช่นนี้จะมีอยู่ตลอดไปไม่ได้ แต่จะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น เช่น คดี Compagnie générale d' éclairage de Bordeaux ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทได้รับสัมปทานผลิตไฟฟ้าให้ประชาชนจากเทศบาลเมืองบอร์โดซ์ ต่อมา เกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าเพิ่มขึ้นจากราคา 35 ฟรังก์ ในปี 1915 เป็นราคา 117 ฟรังก์ ในปี 1916 บริษัทขอขึ้นค่าไฟฟ้าแต่เทศบาลไม่ยอม บริษัทจึงมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอขึ้นค่าไฟฟ้าแห่งรัฐพิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทน เพราะเงื่อนไขเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ครบถ้วน

จะเห็นได้ว่า กระบวนการในการดำเนินการแก้ไขสัญญาในฝรั่งเศสนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว เอกชนมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม แต่หากการแก้ไขสัญญานั้นเกินขนาด เช่น การเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของสัญญา คู่สัญญาเอกชนก็มีสิทธิเลิกสัญญาได้ และหากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องเสียหาย เอกชนคู่สัญญาก็มีสิทธิที่จะฟ้องศาลขอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจ่ายค่าทดแทนให้เอกชนได้ นอกจากนี้ กรณีที่เกิดเหตุมิอาจคาดหมายได้ อันทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินความคาดหมาย เอกชนคู่สัญญาก็มีสิทธิฟ้องศาลขอให้

<sup>54</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 52-53.

คู่สัญญาฝ่ายรัฐจ่ายค่าทดแทนให้ได้เช่นกัน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสค่อนข้างให้สิทธิพิเศษแก่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมากเนื่องจากคำนึงถึงการบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิขอแก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญา แม้จะเกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากขณะทำสัญญาก็ตาม คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนมีเพียงสิทธิเรียกค่าทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยอม จ่ายค่าทดแทน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้

### 2.3.4 ผลของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงไปของฐานแห่งสัญญาจนกระทั่งนำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลง สัญญาของคู่สัญญาหรือมีการฟ้องคดีต่อศาลจนมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแล้ว คู่สัญญา ก็ย่อมต้องผูกพันตามสัญญาใหม่ที่ได้รับการแก้ไขแล้ว ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองนั้นเป็นการ ดำเนินการอย่างหนึ่งของรัฐเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์สาธารณะ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจำต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อประโยชน์ สาธารณะทั้งที่เหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนั้น ในบางกรณีเอกชนคู่สัญญาอาจได้รับความเสียหาย หรืออาจกล่าวได้ว่า เกิดกรณีที่ประโยชน์มหาชนขัดแย้งกับประโยชน์ของเอกชน ซึ่งประโยชน์มหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์เอกชน และประโยชน์เอกชนจำต้องหลบเลี่ยงให้กับ ประโยชน์มหาชน โดยเมื่อเอกชนคู่สัญญาต้องยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเนื่องจากประโยชน์ ส่วนรวมเรียกร้อง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้เอกชนคู่สัญญานั้นได้รับค่าชดเชย หรือค่าทดแทน ซึ่งการเยียวยาให้เอกชนคู่สัญญาในกรณีดังกล่าว เป็นการเยียวยาตามหลักการ ทั่วไปในกฎหมายมหาชน ในส่วนของการชดเชยความเสียหายจะกำหนดให้เช่นไร มีหลักเกณฑ์ หรือทฤษฎีอย่างใดในการเยียวยานั้น ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศจะได้อำนาจไว้ หรืออาจขึ้นอยู่กับแนวคำพิพากษาของศาลซึ่งจะได้วางแนวทางในการชดเชยเพื่อเยียวยา ความเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา เช่น ในประเทศเยอรมัน ในทางตำราวิชาการมีความเห็น ในเรื่องการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว (ซึ่งน่าจะ นำมาเทียบเคียงใช้ได้กับกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา-ผู้เขียน) ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยการนำหลักเกณฑ์เรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ขอบด้วย กฎหมายมาใช้บังคับได้โดยอนุโลม กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการ บอกเลิกสัญญาทางปกครอง มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหาย ที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม

มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยอาศัยเหตุเพื่อคุ้มครองป้องกันเพื่อขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG นี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่ของรัฐไว้ ดังนั้น การจ่ายค่าทดแทนเพื่อชดใช้ความเสียหายในกรณีนี้ จึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามนัยบทบัญญัติ มาตรา 14 และมาตรา 2 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน) มาใช้บังคับ<sup>55</sup>

ส่วนในประเทศฝรั่งเศส จะมีหลักสมดุลงบการเงินของสัญญา ซึ่งจะมีการกำหนดเรื่องการชดใช้ค่าทดแทน โดยหลักความสมดุลทางการเงินเป็นผลโดยตรงจากแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความต่อเนื่องของบริการสาธารณะประกอบกับหลักเรื่องความเป็นธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประสานประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน ซึ่งหลักที่จะนำมาเพื่อปรับสมดุลทางการเงินของสัญญา คือ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ โดยทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ถ้าใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลทั่วไป แล้วมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญากระทบกระเทือน คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทน เว้นแต่มาตรการนั้นจะกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา ส่วนกรณีที่มีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้และกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรง เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติเศรษฐกิจ หรือแม้แต่การกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น ลดค่าเงิน ห้ามขึ้นราคาสินค้า เป็นต้น กรณีดังกล่าวบังคับตามทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ โดยจะไม่กำหนดค่าทดแทนให้เต็มจำนวนอย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง แต่จะคำนวณให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบต่อสัญญาและจะให้ค่าทดแทนการขาดทุนในส่วนที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา<sup>56</sup>

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ผลที่ตามมาภายหลังการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง ก็คือจะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในกรณีดังกล่าว

<sup>55</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 31-32.

<sup>56</sup> บุปผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 46, น.135-138.

ในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวความคิดอันเป็นฐานที่จะนำมาใช้ในการกำหนดค่าชดเชยในการเยียวยาความเสียหาย แต่ต่างก็มีวัตถุประสงค์เพื่อความเป็นธรรมและการประสานประโยชน์ของมหาชนนั่นเอง