บทที่ 3

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ

ในระบบกฎหมายปกครองของไทย ข้อความคิดว่าด้วยเรื่องสัญญาทางปกครองได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในเวลาไม่นานนัก และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็มิได้มีการบัญญัติไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร จึงยังต้องอาศัยการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลปกครองอีกเป็นเวลานาน การศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองกรณีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญา จึงจำเป็นต้องศึกษาจากแนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศ ซึ่งประเทศที่ถือได้ว่าเป็นต้นแบบและมีพัฒนาการด้านแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นเวลาอันยาวนาน คือ ประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส

3.1 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของเยอรมันถือกำเนิดขึ้นบนพื้นฐานของความขัดแย้งทางความคิดระหว่างฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายกับฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองมีความเป็นไปได้และเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองมีความเป็นไปได้นี้ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองว่าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ หรือ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ-หน้าที่ในทางกฎหมายปกครอง วรรณกรรมทางกฎหมายของเยอรมันส่วนใหญ่ก่อน ค.ศ. 1970 เรียกสัญญาดังกล่าวนี้ว่า “สัญญาทางมหาชน” เมื่อได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองลงใน Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 (รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976) ผู้ร่างกฎหมายได้เรียกสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาทางมหาชน” (Öffentich-rechtlicher Vertrag) แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่า

มาตรา 54 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวมุ่งประสงค์กำหนดนิติสัมพันธ์ของสัญญาทางมหาชนในความหมายอย่างแคบ หรือ “สัญญาทางปกครอง” (Verwaltungs rechtlicher Vertrag) นั่นเอง[1]

3.1.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 (เรียกโดยย่อว่า VwVfG)) โดยในมาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบเท่าที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ มาตรา 62 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน[2]

3.1.1.1 ความหมายและองค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ดังนี้

“นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญาทางมหาชน) ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางมหาชนแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้กับผู้ที่โดยปกติแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น”[3]

---

[1] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 29, น. 264-265 (มิถุนายน 2542).

[2] มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2546), น. 1.

[3] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 264.

หากพิจารณาจากความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 54 แล้ว อาจแยกองค์ประกอบได้ดังนี้ คือ [4]

1) ในประเด็นที่เกี่ยวกับ “สัญญา” นั้น เราถือว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีข้อสังเกตว่า การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการแสดงเจตนาตามกฎหมายมหาชนที่ไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำทางแพ่ง แต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน และเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนา การบอกล้างการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น

2) ในแดนของกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชน หรือกล่าวให้ชัดเจนขึ้นคือในแดนของกฎหมายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาทางปกครองต่างจากสัญญาทางมหาชนประเภทอื่น ๆ และต่างจากสัญญาทางแพ่ง

3) ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ วัตถุของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรก เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่สิ้นผลลง เนื้อหาของสัญญาทางปกครองอาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายสารบัญญัติ เนื้อหาในทางกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรืออาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้ นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้การระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองอาจทำเป็นสัญญาได้ ย่อมหมายความต่อไปโดยปริยายว่าฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวยกเลิกสัญญาทางปกครองได้

3.1.1.2 เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

โดยทั่วไปรัฐหรือฝ่ายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะทำสัญญาได้ทั้งสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง ซึ่งการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ทั้งในแง่ของการนำหลักกฎหมายใด

---

[4] *เพิ่งอ้าง*, น. 265.

มาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา การนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล เป็นต้น

การพิจารณาถึงพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาว่า สัญญานั้นจะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาทางปกครองนั้น ตามหลักทั่วไปจะต้องพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย สำหรับเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีจะต้องคำนึงถึงด้วยว่าภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ในการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองมีสิทธิเลือกที่จะกระทำการในรูปแบบตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนด้วยหรือไม่ เนื่องจากในกรณีดังกล่าวนี้เจตนาของเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงมีความสำคัญในการวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง สำหรับหลักการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ประโยคที่หนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นั้น บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาจากพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นโดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (Gegenstand des Vertrags) นั่นเอง ส่วนฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาไม่ใช่สิ่งที่เป็นสาระสำคัญในการแสดงถึงลักษณะความแตกต่างของสัญญาตามกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง สัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเองอาจเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายเอกชน ในทางกลับกันสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายมหาชน ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วการที่เอกชนจะทำสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีกฎหมายพิเศษบัญญัติให้โอกาสเอกชนสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ เช่น สัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งนายจ้างตกลงที่จะจ่ายเงินประกันสังคมบางส่วนให้ลูกจ้างแทนรัฐตามกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่า สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันนี้ แม้ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองแต่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) เนื่องจากมาตรา 1 (1) VwVfG ได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นี้มาใช้บังคับกับกรณีที่เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น[5]

---

[5] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 5-7.

ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ[6]

1) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย เป็นต้น

2) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

3) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ในบางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้นมีลักษณะหรือสภาพเป็น “กลาง” กล่าวคือ ไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้นักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่ “วัตถุประสงค์” ของการปฏิบัติการชำระหนี้และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครอง ย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ส่วนในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น ยังเป็นที่อภิปรายกันอยู่ในทางตำราว่าจะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีของ “สัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง” (gemischt öffentlichrechtlich-privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะต้องแยกพิจารณา หากพิจารณากันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น กรณีที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา หากพิจารณาในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ความเห็นดังกล่าวนี้นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมาย

---

[6] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 266.

(Rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้วให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง[7]

3.1.1.3 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 สามารถจำแนกประเภทของสัญญาทางปกครองไว้ได้ 4 ประเภท คือ

1) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (Koordinationsrechtlicher Vertrag)

สัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน หมายถึง บรรดาสัญญาที่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายมหาชนมีฐานะเท่าเทียมกัน และวัตถุแห่งสัญญาเป็นการกำหนดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) อันมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะและเป็นเครื่องมือให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายซึ่งมิใช่เรื่องคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาระหว่างผู้ซึ่งมีหน้าที่ทางปกครองด้วยกันเอง โดยอาจเป็นระหว่างสองหน่วยงานหรือมากกว่านั้น หรือสัญญาระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะกับเอกชนแต่อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันนี้ อาจกำหนดเนื้อหาให้คู่สัญญาต้องกระทำการแลกเปลี่ยนหรือต่างตอบแทนหรือมีเนื้อหาเป็นการประนีประนอมก็ได้ ทั้งนี้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย (มาตรา 54 ประโยคที่หนึ่ง VwVfG)[8]

2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (Subordinations-rechtliche Verträge)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ ได้แก่ บรรดาสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความสัมพันธ์ในฐานะที่เหนือกว่าและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

---

[7] เพิ่งอ้าง, น. 267-268.

[8] เพ็ญศรี วงศ์เสรี, "สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน," เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่อง สัญญาทางปกครองและพัสดุ, สำนักงานศาลปกครอง, น. 26-27.

สามารถจะทำสัญญาโดยตรงกับเอกชนแทนที่จะออกคำสั่งทางปกครองให้แก่บุคคลนั้นก็ได้ นอกจากนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจเป็นเอกชนก็ได้ หากปรากฏว่าเอกชนฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองตามกฎหมายให้กระทำการทางปกครองจากฝ่ายปกครองที่เรียกว่า Beliehener สัญญาประเภทนี้ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในทางปฏิบัติมาก และสัญญาประเภทนี้อาจกำหนดให้มีเนื้อหาเป็นการต่างตอบแทนหรือแลกเปลี่ยน และที่มีเนื้อหาเป็นการประนีประนอมก็ได้[9]

3) สัญญาต่างตอบแทน (Austauschvertrag)

สัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 56 VwVfG หมายความว่า สัญญาทางปกครองที่มีเนื้อหาเป็นการวางกฎเกณฑ์ระหว่างคู่สัญญาให้มีหน้าที่ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ชำระหนี้ต่างตอบแทน ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันไว้ในสัญญา และเป็นไปเพื่อให้ฝ่ายปกครองทำหน้าที่ทางปกครองให้บรรลุผล นอกจากนี้ การกระทำการต่างตอบแทนต้องมีความเหมาะสมเมื่อพิจารณาสถานการณ์โดยรวม และต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการ[10]

4) สัญญาประนีประนอม (Vergleichsvertrag)

มาตรา 55 VwVfG กำหนดให้มีสัญญาประนีประนอมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนหรือความไม่แน่นอน หรือเพื่อหาข้อยุติในปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายและเป็นวิธีการเพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายในกระบวนวิธีพิจารณา (Verfahrensökonomie) ในสัญญาทางปกครองลักษณะนี้คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจตกลงกับคู่สัญญาเอกชนประนีประนอมในปัญหาได้ โดยมีองค์ประกอบต่อไปนี้

- กรณีเกิดปัญหาความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย

- ความไม่แน่นอนหรือความไม่ชัดเจนไม่อาจหาข้อยุติได้ หรือสามารถทำได้แต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากหรือใช้เวลานานเกินสมควร

- คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมกันได้

บทบัญญัติมาตรานี้ โดยหลักแล้วเป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน สำหรับกรณีที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ก็อาจนำสัญญาประนีประนอม

---

[9] *เพิ่งอ้าง*, น. 27-28.

[10] *เพิ่งอ้าง*, น. 28.

ตามมาตรา 55 มาใช้อย่างเทียบเคียง รวมถึงเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร ก็อาจนำสัญญาประนีประนอมตามมาตรา 55 มาเทียบเคียงปรับใช้[11]

3.1.2 หลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาต้องตรงกัน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาย่อมต้องผูกพันกับสัญญาที่ตนทำขึ้น และไม่อาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้โดยการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียว แต่หากมีการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวการณ์ต่าง ๆ จนทำให้การยึดถือสัญญาไม่สมเหตุสมผล ในกฎหมายแพ่งปรากฏหลักการสิ้นไปของฐานแห่งสัญญา ซึ่งคู่สัญญาก็อาจทำการปรับสัญญาได้ หรือ อาจบอกเลิกสัญญาได้หากการปรับสัญญาไม่อาจกระทำได้ และในสัญญาทางปกครองซึ่งมีประโยชน์สาธารณะเป็นฐานของสัญญา หลัก clausula rebus sic stantibus ได้ถูกนำมาใช้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

3.1.2.1 การยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

แม้กฎหมายมหาชนจะมีพัฒนาการในระดับที่เป็นเอกเทศแยกออกมาจากกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ข้อความคิดของกฎหมายเอกชนบางประการยังคงปรากฏอยู่ในกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน แต่การนำหลักการนี้ไปใช้ยังคงมีขอบเขตอยู่แต่เพียงกฎหมายสัญญาของรัฐ และกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายปกครองหลัก clausula rebus sic stantibus ยังไม่มีการนำมาใช้ เนื่องจากยังไม่มีข้อความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองนั่นเอง

แต่ในปี ค.ศ. 1920 ได้มีงานเขียนของ Apelt ที่ชื่อว่า “สัญญาในกฎหมายปกครอง” และนำหลักการในกรณีที่ความสัมพันธ์ในสัญญานั้นเปลี่ยนแปลงไปมาใช้ด้วย โดยได้ให้เหตุผลถึงการนำหลัก clausula rebus sic stantibus มาใช้ว่า เหตุที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์ของคู่สัญญา คือประโยชน์สาธารณะ และการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเป็นเหตุผลสำคัญสำหรับนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ในกฎหมายมหาชนที่อยู่เหนือกว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ดังนั้นเมื่อเจตนารมณ์ของคู่สัญญาขัดหรือแย้งกับประโยชน์สาธารณะ ย่อมต้องถือตามประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในช่วงแรกความเห็นของ Apelt นั้น ฝ่ายตุลาการไม่เห็นด้วย

---

[11] *เพิ่งอ้าง*, น. 29-30.

มีแต่ฝ่ายตำราเท่านั้นที่ยอมรับ แต่หลังจากนั้น 9 ปี ได้ปรากฏคำพิพากษาแรกที่ยอมรับหลักการของ clausula rebus sic stantibus ในกฎหมายปกครอง คือคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูง (อุทธรณ์) แห่งราชอาณาจักรพร้อยเซ่น (Preußen) โดยศาลได้ยอมรับการนำหลัก clausula rebus sic stantibus มาใช้กับสัญญาในกฎหมายปกครองภายใต้ประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เนื้อหาแห่งสัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญา นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูง (อุทธรณ์) แห่งรัฐเซกโซนี (ซักเซ่น) รวมไปถึงศาลปกครองชั้นต้นของรัฐบาเยิร์นที่นำหลักดังกล่าวมาใช้โดยอยู่ภายใต้หลักสุจริต และเป็นที่ชัดเจนยิ่งขึ้นในปี ค.ศ.1956 เมื่อศาลปกครองของสหพันธ์ (ศาลปกครองสูงสุด) ได้นำหลัก clausula rebus sic stantibus มาใช้เป็นฐานในการวินิจฉัยคดี และหลังจากนั้นปรากฏคำพิพากษาอย่างน้อย 2 เรื่องของศาลปกครองชั้นสูง (อุทธรณ์) ที่ยอมรับหลักดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่า หลัก clausula rebus sic stantibus ได้รับการยอมรับในกฎหมายปกครองนับแต่นั้นเป็นต้นมา แม้ว่าโครงสร้างจะเข้าใกล้และหลอมรวมกับหลักการสิ้นไปแห่งพื้นฐานของสัญญา (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ในกฎหมายแพ่ง[12]

ในปี ค.ศ. 1958 นักนิติศาสตร์สามท่าน คือ Imboden, Salzwedel และ Stern ได้เขียนงานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และถือเป็นก้าวแรกที่มีการยอมรับว่ามีสัญญาทางปกครองในแวดวงวิชาการ ยิ่งไปกว่านั้น ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ของเยอรมันยังได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย โดยนิยามของสัญญาทางปกครองในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ คือ *สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน โดยอาจจะมีทั้งสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และคู่สัญญาที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกันก็ได้* โดยสัญญาทั้งสองประเภทได้ยึดหลัก clausula rebus sic stantibus ไว้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ยิ่งไปกว่านั้น ในมาตรา 60 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ยังแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน[13]

---

[12] Worachet Pakeerut, “Die clausula rebus sic stantibus im verwaltungsrechtlichen vertragsrecht,” (Göttingen, im November, 1994), pp. 5-6.

[13] *Ibid*, p. 13.

3.1.2.2 หลักการให้เหตุผลเรื่อง clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

หลักการที่สำคัญในการให้เหตุผลเรื่อง clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครองคือ[14]

1) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องหลักสุจริต

หลักการให้เหตุผลที่สำคัญในเรื่อง clausula rebus sic stantibus ก็คือ การที่ฝ่ายตุลาการและความเห็นส่วนมากของฝ่ายวิชาการอ้างอิงกับหลักสุจริต ซึ่งหลักสุจริตเป็นหลักที่พัฒนามาจากหลักความยุติธรรม โดยถือเอาความยุติธรรมของประโยชน์ทั้งสองฝ่ายเป็นที่ตั้ง โดยในปัจจุบันนี้หลักสุจริตมิได้ปรากฏแค่ในกฎหมายแพ่งเท่านั้น แต่ปรากฏเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทุกแขนงของกฎหมาย และสนับสนุนการนำหลัก clausula rebus sic stantibus มาใช้ปลดเปลื้องภาระที่มิได้คาดหมายให้แก่คู่สัญญา

2) หลักการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์เอกชน

Apelt ได้ให้เหตุผลถึงการนำหลัก clausula rebus sic stantibus มาใช้ในการเปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่า ตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน และ Pieper ได้พัฒนาข้อความคิดนี้โดยการให้มีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์เอกชน โดย Pieper ได้ให้ความเห็นว่า หลักสุจริตซึ่งเป็นฐานการให้เหตุผลของหลัก clausula rebus sic stantibus หรือหลักพื้นฐานแห่งสัญญานั้นเป็นการให้เหตุผลในหลักกฎหมายแพ่ง แต่ในกฎหมายปกครอง ประโยชน์สาธารณะคือเป้าหมายของการกระทำทางปกครอง ไม่เว้นแม้แต่สัญญาทางปกครอง ดังนั้น หากว่าไม่เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะก็ถือว่าส่วนหนึ่งของฐานแห่งสัญญาขาดไป จึงมีความเป็นไปได้ที่หน้าที่ตามสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งจะหมดไปด้วย ข้อความคิดนี้เป็นพื้นฐานของ Objective theory of clausula (ทฤษฎีในด้านภาวะวิสัยของ clausula rebus sic stantibus)

3.1.2.3 หลัก clausula rebus sic stantibus ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

ในปี ค.ศ. 1963 คณะกรรมาธิการผู้เชี่ยวชาญของกระทรวงมหาดไทยของสหพันธ์และมลรัฐได้เสนอร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งมีข้อความคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ โดยในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญา

---

[14] *Ibid*, p. 15.

ทางปกครองได้มีการบัญญัติหลัก clausula rebus sic stantibus ไว้ในมาตรา 46 (ร่างฯ) ในหัวข้อ “การบอกเลิกสัญญาทางปกครอง” ซึ่งตามมาตราดังกล่าวคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อสภาวการณ์ต่าง ๆ ในการทำสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ทำให้การยึดไว้ซึ่งสัญญาไม่สมเหตุสมผล และเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ตามประโยคที่ 2 เพื่อป้องกันผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจำกัดผลเสียหายที่จะเกิดขึ้น โดยในบทบัญญัตินี้เป็นการบัญญัติหลัก clausula rebus sic stantibus ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในแวดวงวิชาการก็เกิดการถกเถียงกัน โดยเฉพาะ Redeker ได้กล่าวว่า ข้อความในประโยคที่ 2 ไม่มีความจำเป็น เพราะในประโยคที่ 1 ก็มีความหมายรวมทั้งหมดแล้ว โดยประโยคที่ 2 ได้บ่งบอกถึงอำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง ยิ่งไปกว่านั้น อำนาจดังกล่าวเป็นเหมือนการยึดทรัพย์สิน (เวนคืน) เพราะสิทธิของคู่สัญญาที่ต้องการบอกเลิกสัญญาขัดต่อหลักการผูกพันตามสัญญา แต่ในขณะที่ Ule/Becker ได้เรียกร้องให้คงประโยคนี้ไว้แม้ว่าจะยังมีข้อโต้แย้งอยู่ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อความชัดเจนและมั่นคงในนิติฐานะ อย่างน้อยก็อาจจะเป็นข้อความคิดพื้นฐานในการจ่ายค่าชดเชย[15]

ผลสืบเนื่องจากข้อโต้แย้งเรื่องการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวนั้นปรากฏในร่างฯ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1970 หลัก clausula rebus sic stantibus จึงถูกบัญญัติไว้ในหัวข้อ “การปรับสัญญาและการบอกเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ” ตามมาตรา 47 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“หากว่าสภาวการณ์ที่เป็นข้อกำหนดในเนื้อหาแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จนทำให้คู่สัญญาไม่สามารถที่จะแบกรับหน้าที่ตามสัญญาไว้ได้ คู่สัญญาก็สามารถเรียกร้องให้มีการปรับเนื้อหาของสัญญา แต่หากว่าการปรับสัญญาเป็นไปไม่ได้ หรือไม่สมเหตุสมผลก็สามารถบอกเลิกสัญญาได้ และเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือจำกัดผลเสียที่จะเกิดขึ้น

การบอกเลิกสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร”

ข้อสังเกตเบื้องต้น คือ บทบัญญัตินี้ทำให้คู่สัญญาต้องพยายามปรับสัญญาก่อน และหากว่าไม่สามารถทำการปรับสัญญาได้ก็สามารถบอกเลิกสัญญาได้ กรณีนี้จึงเป็นการปรับผลทางกฎหมายตามหลัก pacta sunt servanda เนื่องจากในเบื้องต้นเป็นการคงไว้ซึ่งผลผูกพันตามสัญญา แต่ปัญหาเรื่องสิทธิการบอกเลิกสัญญาในกรณีพิเศษของฝ่ายปกครองยังเป็นปัญหาถกเถียงมาจนถึงปัจจุบัน และจากบทบัญญัติของร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

---

[15] *Ibid*, pp. 16-17.

จะเห็นได้ว่า หลัก clausula rebus sic stantibus ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นการนำความหมายอย่างกว้างของหลัก clausula rebus sic stantibus มาใช้ กล่าวคือ เป็นหลัก clausula rebus sic stantibus ซึ่งพิจารณาทั้งภาวะวิสัยและอัตวิสัยของคู่สัญญา อันเป็นหลัก clausula rebus sic stantibus ซึ่งได้รับอิทธิพลจากหลักการสิ้นไปของพื้นฐานแห่งสัญญา(Wegfall der Geschäftsgrundlage) นั่นเอง[16]

อาจกล่าวได้ว่าจากบทบาทขององค์กรตุลาการและคำสอนทางกฎหมายทำให้เกิดการบัญญัติมาตรา 60 ไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) การบัญญัติมาตรา 60 ดังกล่าวเป็นการทำให้หลักกฎหมายทั่วไปกลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร อันสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของหลักกฎหมายดังกล่าว และทำให้เกิดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

3.1.3 องค์ประกอบของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) VwVfG

หลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนี้[17]

“มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

(1) ประโยคที่หนึ่ง ในกรณีที่ความสัมพันธ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ล่วงหน้าจากการที่ได้ยึดถือข้อกำหนดตามข้อสัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังกล่าวก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

ประโยคที่สอง เพื่อคุ้มครองป้องกันหรือขจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้

---

[16] *Ibid*, pp. 18-20.

[17] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 26-27.

(2) การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำเป็นรูปแบบ (ทำเป็นหนังสือ) ตราบเท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การบอกเลิกสัญญาสมควรมีการระบุหรือแสดงเหตุผลไว้ด้วย”

ซึ่งการบังคับใช้ของบทบัญญัติดังกล่าวนั้น มาตรา 60 (1) มีผลบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองทุกสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันหรือมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน มาตรา 60 (1) มีผลบังคับใช้เป็น 2 ประเภทตามสถานะของสัญญา คือ หนึ่ง สัญญาทางปกครองที่มีหน้าที่ใช้หนี้ต่อเนื่องหรือเรียกว่า “สัญญาก่อหนี้ต่อเนื่อง” (Continuous obligation) หรือ สอง มีผลบังคับใช้กับสัญญาก่อหนี้ที่ยังไม่ได้รับการชำระหนี้ โดยหากว่าสัญญาใดมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ครั้งเดียวและได้รับการชำระหนี้ครั้งนั้นไปแล้ว สัญญานั้นก็ไม่สามารถปรับหรือบอกเลิกได้อีกต่อไป ทั้งนี้ มาตรา 60 (1) บังคับใช้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในลักษณะที่บังคับผูกพันหมายความว่า คู่สัญญาไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยการทำข้อตกลงเป็นอย่างอื่นได้ การทำสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรา 60 (1) จะเป็นการขัดต่อหลักการห้ามทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งจะตกเป็นโมฆะ การที่มาตรา 60 เป็นผลผลิตของหลักสุจริตในกฎหมายปกครอง จึงสามารถบังคับใช้กับการยอมรับความเสี่ยงจากสัญญา หรือกับสัญญาก่อหนี้ต่อเนื่อง ในกรณีที่มีสภาวการณ์ใดสภาวการณ์หนึ่งมากระทบจนทำให้การชำระหนี้กระทำได้ลำบาก ขัดต่อความเป็นธรรมหรือขัดต่อกฎหมาย และทำให้การชำระหนี้ไม่สมเหตุสมผล มาตรา 60 บัญญัติให้มีการปรับสัญญา แต่หากว่าการปรับสัญญาไม่เป็นธรรมตามข้อตกลงก็ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้[18]

3.1.3.1 **องค์ประกอบของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่** 1 VwVfG

จากบทบัญญัติมาตรา 60 VwVfG ดังกล่าวข้างต้น อาจแยกองค์ประกอบในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

1) การเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์อันเป็นพื้นฐานสำคัญของสัญญาทางปกครอง

กรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ซึ่งได้แก่ การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุอันเนื่องมาจากการที่พฤติการณ์ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาสาระ

---

[18] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, pp. 21-22.

ของสัญญาทางปกครองนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากที่สัญญาทางปกครองได้เกิดขึ้น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงของพฤติการณ์ดังกล่าวอาจแบ่งออกได้เป็น

1.1) การเปลี่ยนแปลงสภาพข้อเท็จจริง

สภาพข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ซึ่งสภาพข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจเป็นเรื่องของสภาพสังคมหรือชีวิตส่วนบุคคลก็ได้ ตัวอย่างของข้อเท็จจริงซึ่งเป็นพื้นฐานในการกำหนดเนื้อหาสาระของสัญญา เช่น ข้อเท็จจริงเรื่องราคาและค่าใช้จ่าย (Preis-und Kostenniveaus) ข้อมูลและความรู้ทางเทคนิค วิทยาศาตร์ การแพทย์ และการค้นพบสิ่งใหม่ๆ (Stand der Technik, der naturwissenschaftlichen, medizinischen usw Erkenntnisse) เป็นต้น[19] และในฝ่ายตำราถือว่าการเสียไปของวัตถุประสงค์การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นตัวอย่างของการเปลี่ยนแปลงสภาพข้อเท็จจริงต่าง ๆ การเสียไปของวัตถุประสงค์การชำระหนี้ตามสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ จนทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาไม่สมเหตุสมผล หรือเมื่อวัตถุประสงค์สำคัญๆ ของสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ไม่สามารถชำระหนี้กันได้อยู่เรื่อยไป[20]

1.2) การเปลี่ยนแปลงสภาพข้อกฎหมาย

กรณีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมาย ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ได้นี้ นอกจากจะหมายถึงตัวบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยังเห็นว่า หมายความรวมถึงคำพิพากษาของศาลที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในภายหลังด้วย (Änderungen der Rechtsprechung) ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลในภายหลังนั้นได้วางหลักกฎหมายที่แตกต่างไปจากเดิม อันมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครอง[21]

---

[19] มานิตย์ วงศ์เสรี, “การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfarensgesetz) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18, ตอน 2, น. 86.

[20] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, pp. 23-24.

[21] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 29.

ดังนั้น กรณีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมายจึงอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้[22]

1.2.1) การออกกฎหมายใหม่

การออกกฎหมายอาจจะกระทบต่อเนื้อหาของสัญญาได้ใน 2 รูปแบบ คือ อาจจะกระทบต่อสัญญาโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ ซึ่งผลกระทบโดยตรงคือ กรณีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายส่งผลให้ข้อบังคับต่าง ๆ ในสัญญาเปลี่ยนแปลงไป และผลกระทบโดยอ้อม คือ การเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ที่เป็นผลทำให้องค์ประกอบตามกฎหมาย หรือสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือในส่วนที่เกี่ยวกับการชำระหนี้เปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างของการส่งผลกระทบโดยตรง เช่น การออกกฎเกี่ยวกับการเชื่อมต่อและการใช้น้ำซึ่งส่งผลให้สิทธิการใช้น้ำที่มาจากการทำสัญญาสิ้นไป หรือกรณีที่สัญญาการจ่ายค่าชดเชยจากการก่อสร้างถูกจำกัดลงโดยกฎหมายก่อสร้างฉบับใหม่ ทางฝ่ายตำราส่วนใหญ่เห็นว่า เฉพาะผลกระทบโดยอ้อมเท่านั้นที่เป็นหลัก clausula rebus sic stantibus ตามมาตรา 60 (1) ในส่วนผลกระทบโดยตรงนั้น สัญญาย่อมมีสภาพที่ด้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันทำให้สัญญาจำต้องเปลี่ยนแปลงไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากคู่สัญญาคนใดได้รับสิทธิให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ คู่สัญญาคนนั้นย่อมสามารถตัดสินใจได้ฝ่ายเดียวในการเรียกร้องตามฐานแห่งกฎหมายใหม่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเองก็อาจกระทำได้เช่นเดียวกัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับมอบอำนาจทางปกครองจากกฎหมายใหม่ให้ดำเนินการได้โดยตรงเนื่องจากกฎหมายมีสภาพเหนือสัญญา กรณีดังกล่าวเป็นผลมาจากหลักกฎหมายตามมาตรา 20 (3) ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจฝ่ายบริหารจำเป็นต้องผูกพันกับกฎหมายและความยุติธรรม ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ผลกระทบโดยตรงจากกฎหมายใหม่จึงไม่ตกอยู่ในบังคับตามมาตรา 60 (1) แต่ตกอยู่ภายใต้บังคับในกฎหมายใหม่นั้นโดยตรง ส่วนใหญ่แล้วฝ่ายปกครองอาจจะอยู่ในสถานะที่สามารถเปลี่ยนสภาพข้อกฎหมายได้ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

มีข้อพิจารณาว่า หากสัญญาทางปกครองทำขึ้นโดยฐานของกฎหมาย และภายหลังจากการทำสัญญากันแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะ (ขัดต่อรัฐธรรมนูญ) จึงมีปัญหาว่าคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของกฎหมายจะมีผลกระทบเช่นใดกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา กรณีดังกล่าวมิใช่กรณีตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1 เนื่องจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญส่งผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นโมฆะ คือ เสียไปตั้งแต่ต้น ปัญหาก็คือ ในระหว่างทำสัญญายังไม่มีการพิพากษาว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อ

---

[22] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, pp. 25-28.

รัฐธรรมนูญหรือเป็นโมฆะ ความเห็นฝ่ายวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นกรณีของมาตรา 60 (1) ซึ่งตกอยู่ภายใต้ความคิดของการสิ้นไปของฐานแห่งสัญญาในกฎหมายแพ่ง เมื่อคู่สัญญาทำการตกลงกันโดยถือเอาการมีอยู่ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นส่วนสำคัญของฐานแห่งสัญญาแล้ว หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาให้กฎหมายนั้นเป็นโมฆะจึงตกอยู่ภายใต้องค์ประกอบของมาตรา 60 (1) ซึ่งความเห็นดังกล่าวยังอาจมีข้อโต้แย้งได้ เพราะมาตรา 60 (1) บัญญัติถึงการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ “หลังจากการทำสัญญา”

1.2.2) การเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายจากการเปลี่ยนแนวคำพิพากษา

แม้ว่าการเปลี่ยนแนวคำพิพากษาอาจจะไม่สามารถนำมาใช้ในความหมายของการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายได้ทั้งหมด เพราะโดยทั่วไปแล้วการเปลี่ยนแนวคำพิพากษาเป็นเพียงการเข้าใจกฎหมายหรือใช้กฎหมายเดิมในอีกมุมหนึ่งเท่านั้น แต่ก็อาจจะมีบางกรณีที่เป็นไปได้ที่คู่สัญญายอมรับเอาแนวคำพิพากษาเป็นฐานแห่งสัญญา ในกรณีนี้หมายความว่าเป็นการหลงผิดร่วมกันซึ่งเป็นกรณี “ฐานแห่งสัญญาตามอัตวิสัย” ซึ่งมีอิทธิพลต่อหลัก clausula rebus sic stantibus เมื่อคู่สัญญาใช้เกณฑ์จากคำพิพากษามาพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ในการทำสัญญา หากเกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจนเกิดผลกระทบต่อหน้าที่ตามสัญญา กรณีนี้มาตรา 60 (1) ก็มีผลบังคับใช้เพื่อปรับหรือบอกเลิกสัญญา ความเห็นในลักษณะดังกล่าวถูกฝ่ายวิชาการส่วนหนึ่งโต้แย้งด้วยเหตุผลว่ามีปัจจัยต่าง ๆ ที่ไม่มีความมั่นคงมาก เช่น การแบ่งแยกระหว่างการเปลี่ยนแนวคำพิพากษากับวิวัฒนาการของคำพิพากษา

2) ระยะเวลาของการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์ต่าง ๆ

การพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของพฤติการณ์ต่าง ๆ ต้องพิจารณาในขณะทำสัญญาเป็นสำคัญ จุดเริ่มต้นของระยะเวลาคือ ระยะเวลาที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน แต่ทางฝ่ายตำรายังโต้แย้งในประเด็นที่ว่า การเปลี่ยนแปลงภายหลังจากทำสัญญาจะหมายความว่าอย่างไร หากว่าพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เป็นฐานแห่งสัญญาซึ่งไม่ปรากฏอยู่ในขณะเวลาทำสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอันเป็นกรณีของการสิ้นไปแห่งฐานของสัญญาในกฎหมายแพ่ง (ซึ่งในกฎหมายปกครองก็คือหลัก clausula rebus sic stantibus ซึ่งได้รับอิทธิพลจากฐานแห่งสัญญาในอัตวิสัย) ฝ่ายตำราบางส่วนได้ยอมรับว่าตกอยู่ภายใต้บังคับตามมาตรา 60 (1) เพราะมีความใกล้เคียงกับการสิ้นไปของฐานแห่งสัญญาในกฎหมายแพ่ง โดยตกอยู่ภายใต้มาตรา 60 (1) เนื่องจากพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เป็นตัวกำหนดเนื้อหาแห่งสัญญาไม่มีอยู่ตั้งแต่ก่อนทำสัญญา อีกส่วนหนึ่งเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ต้องเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาไปแล้ว เหตุต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งคู่สัญญาจะรู้หรือไม่รู้ก็ตามไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 60 (1) ตามความเห็นฝ่ายนี้กรณีดังกล่าวเป็นการบอกล้าง

สัญญาเพราะผิดหลงตามมาตรา 119 ประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีผลให้สัญญาเป็นโมฆะ ตามมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง Meyer/Borgs เห็นว่าเป็นการตกอยู่ภายใต้การบังคับตามมาตรา 62 ประโยค 2 แต่เนื่องจากมีความใกล้เคียงกับมาตรา 60 (1) จึงสามารถอนุโลมใช้ผลทางกฎหมายตามมาตรา 60 (1) หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 60 (1) โดยตีความตามตัวอักษรแล้ว จะนำมาตรา 60 (1) ไปบังคับใช้กับกรณีการเสียไปของพฤติการณ์ที่เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญาก่อนที่จะมีการทำสัญญาไม่ได้ อีกทั้ง เมื่อได้บัญญัติไปว่า “นับตั้งแต่ทำสัญญา” ทำให้การอนุโลมใช้มาตรานี้เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากมีการบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง และเจตนารมณ์ของกฎหมายคงไม่ต้องการที่จะผูกมัดคู่สัญญากับสัญญาที่คู่สัญญาหลงผิดในเนื้อหาที่เป็นฐานแห่งสัญญา กรณีจึงถือเป็นช่องว่างของกฎหมาย สำหรับทางออกในประเด็นนี้จึงต้องย้อนกลับไปที่มาตรา 62 (2) คือยังมีความเป็นไปได้ที่จะให้สิทธิในการปรับสัญญาหรือเลิกสัญญาเพื่อแก้ไขปัญหา[23]

3) การไม่สมเหตุสมผลที่จะยึดถือข้อกำหนดตามสัญญาเดิมต่อไป

หากปรากฏว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า กรณีดังกล่าวทำให้การยึดโยงสัญญาไว้สมเหตุสมผลหรือไม่ กรณีนี้ถือเป็นการยกเว้นหลัก pacta sunt servanda ซึ่งการยกเว้นหลัก pacta sunt servanda นี้จะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่สำคัญ โดยได้มีการวางแนวคำพิพากษาไว้ว่า หลัก pacta sunt servanda สามารถยกเว้นได้เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องยกเว้นเนื่องจากการยึดสัญญาไว้ไม่มีความสมเหตุสมผล และเป็นการป้องกันมิให้เกิดผลเสียหายกับความยุติธรรมโดยมีการทำลายสมดุลระหว่างหนี้ที่ต้องชำระกัน ซึ่งสมดุลที่เสียไปให้พิจารณาโดยภาวะวิสัย เช่น กรณีขาดทุนอย่างมากจนไม่สามารถทดแทนด้วยกำไรได้ในระยะเวลาอันใกล้ ในทางตรงกันข้ามถ้าการยึดสัญญายังสมเหตุสมผลอยู่ หากปรากฏว่าผลเสียต่อคู่สัญญาคนใดคนหนึ่งเป็นความเสี่ยงตามสัญญาปกติ หรือหากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของสัญญาแล้วเป็นการเปลี่ยนแปลงที่อยู่ในแดนรับผิดชอบของคู่สัญญาคนใดคนหนึ่ง หรือกรณีที่คู่สัญญาคนใดต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใด ๆ แล้ว คู่สัญญาผู้นั้นมิอาจเรียกร้องว่าการยึดกับหน้าที่ตามสัญญาไม่สมเหตุสมผล[24]

---

[23] *Ibid*, pp. 28-30.

[24] *Ibid*, p. 30.

เนื่องจากความไม่สมเหตุสมผลเป็นนิยามทางกฎหมายที่ต้องมีการตีความ ดังนั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป และต้องมีการชั่งน้ำหนักเป็นกรณีไปว่าการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ได้ก้าวล่วงเขตของความสมเหตุสมผลไปแล้วหรือยัง แต่ด้วยหลัก pacta sunt servanda แล้ว เขตของความสมเหตุสมผลย่อมต้องมากตามไปด้วย และในการพิจารณาประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเท่าเทียมกัน[25]

สำหรับการพิจารณาว่ากรณีเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะยังคงให้คู่สัญญายึดถือข้อกำหนดตามสัญญาเดิมอยู่ต่อไปนั้น จะพิจารณาโดยนำหลักซื่อสัตย์สุจริตตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (BGB) มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา[26]

3.1.3.2 **องค์ประกอบของการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา** 60 (1) **ประโยคที่** 2 VwVfG

ตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 VwVfG เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือป้องกันความเสียหายร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ สิทธิในการบอกเลิกสัญญานี้แตกต่างจากประโยคที่ 1 เพราะฝ่ายปกครองเท่านั้นที่อยู่ในฐานะตัวแทนของประโยชน์สาธารณะ เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ต้องการรักษาประโยชน์ของส่วนรวมไว้ และเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์แห่งส่วนรวม จึงจำเป็นต้องยกเว้นหลัก pacta sunt servanda ซึ่งอาจเรียกบทบัญญัตินี้ว่า “เงื่อนไขประโยชน์สาธารณะของสัญญาทางปกครอง” ฝ่ายปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 ได้โดยไม่จำเป็นที่องค์ประกอบตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1 ต้องครบถ้วนก่อน แต่การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน และด้วยเหตุผลดังกล่าวหากยังสามารถปรับสัญญาได้ฝ่ายปกครองก็ต้องเลือกการปรับสัญญา[27]

การที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการบอกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว จึงเกิดความสัมพันธ์ที่ขัดแย้งกับหลัก pacta sunt servanda ซึ่งทำให้เกิดการตีความอย่างแคบของนิยามคำว่า “ผลเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” ทั้งนี้ การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงเป็นกรณีพิเศษต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งความเสียหายดังกล่าว

---

[25] *Ibid*, p. 31.

[26] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 29.

[27] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, p. 36.

ส่งผลบังคับให้ต้องบอกเลิกสัญญา ดังนั้น จึงต้องเป็นกรณีพิเศษที่อยู่ภายใต้การชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี โดยผลของการชั่งน้ำหนักเป็นผลผูกพันให้เข้าไปแทรกแซงสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างเช่น การผูกพันตามสัญญาจะเป็นการขัดขวางการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจากผลเสียหายร้ายแรงจึงจำเป็นต้องบอกเลิกสัญญา แต่ภาระทางด้านการเงินหรือทางเศรษฐกิจไม่ตกอยู่ภายใต้นิยามความเสียหายร้ายแรง[28]

สำหรับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เป็นเหตุผลในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 นี้ อาจจะเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่มีมาก่อนที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเหมือนกับกรณีการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1[29]

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาถูกโต้แย้งตั้งแต่เริ่มแรกที่มีการร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจะทำลายสมดุลแห่งสัญญา เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้ดูผิวเผินเหมือนกับเป็นนิติกรรมซึ่งเป็นการแสดงเจตนา แต่ผลลัพธ์ที่แท้จริงเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง เพราะฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจแต่ฝ่ายเดียวเพื่อเข้าไปแทรกแซงผลผูกพันของสัญญาได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แม้ว่ามาตรา 60 (1) ประโยคที่สองจะให้มีการพิจารณานิยามของ “ผลเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” แต่ด้วยคำ ๆ นี้ฝ่ายปกครองก็มักจะนำมากล่าวอ้าง เพื่อปลดเปลื้องพันธะแห่งสัญญา ยิ่งไปกว่านั้นบทบัญญัติดังกล่าวยังต้องสงสัยว่าขัดรัฐธรรมนูญเพราะไม่มีการบัญญัติถึงการชดเชยค่าเสียหายไว้[30]

โดยฝ่ายวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่ามาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 เป็นการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำจากภายนอกเข้ามาแทรกแซงพันธะแห่งสัญญา ลักษณะดังกล่าวจึงมิใช่การใช้สิทธิตามสัญญา โดยทั่วไปเงื่อนไขของเอกสิทธิ์เป็นการให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญาโดยการอนุญาตให้ฝ่ายปกครองปลดภาระทางสัญญาได้ ตามความเห็นดังกล่าวจึงต้องมีมาตรการจ่ายค่าชดเชยในลักษณะเดียวกันกับการเวนคืน

---

[28] *Ibid*, pp. 37-38.

[29] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 30.

[30] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, p. 39.

นอกจากนี้ ฝ่ายวิชาการในความเห็นส่วนใหญ่ เห็นว่า เอกสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของหลัก clausula rebus sic stantibus แม้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 จะอยู่นอกเหนือจากหลัก clausula rebus sic stantibus ตามความหมายดั้งเดิม และเป็นการนำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนทำสัญญามาพิจารณาเพื่อยกเลิกสัญญา มาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 จำกัดหลัก pacta sunt servanda โดยอาศัยเหตุผลของประโยชน์สาธารณะ โดยที่ให้สิทธิที่เหนือกว่ากับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น หลัก clausula rebus sic stantibus จึงใช้ในกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้าง[31]

แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG จะบัญญัติไว้ชัดเจนเฉพาะเรื่องของการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง ซึ่งแตกต่างไปจากบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ที่บัญญัติไว้ทั้งกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยอาศัยเหตุผลตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง VwVfG นี้ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นการเหมาะสมและเพียงพอและมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาและมีความสมเหตุสมผลมากกว่าการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ ตาม “หลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)”[32]

3.1.4 ผลทางกฎหมายของหลัก clausula rebus sic stantibus ในมาตรา 60 (1) VwVfG

หากองค์ประกอบตามมาตรา 60 (1) ครบถ้วนแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1.4.1 ผลทางกฎหมายของมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1 VwVfG

มาตรา 60 (1) ประโยคที่ 1 ได้บัญญัติผลทางกฎหมายไว้เป็นขั้น ๆ ขั้นแรก คือ มุ่งประสงค์ที่จะรักษาสัญญาไว้โดยการปรับสัญญา จนกระทั่งการปรับสัญญาไม่สามารถกระทำได้ หรือสำหรับคู่สัญญาแล้วไม่สมเหตุสมผล นั่นก็หมายความว่า หนทางแห่งการปรับสัญญา

---

[31] *Ibid*, p. 40.

[32] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 31.

ไม่เหลืออยู่แล้ว จึงให้สิทธิบอกเลิกสัญญา ดังนั้น สิทธิการบอกเลิกสัญญาจึงถือว่าเป็นมาตรการขั้นสุดท้าย โดยอาจแยกผลทางกฎหมายตามมาตรา 60 (1) ได้ดังนี้[33]

1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

หากองค์ประกอบของหลัก clausula rebus sic stantibus ครบถ้วน คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงจนทำให้มีสิทธิเรียกร้องการปรับสัญญา ก็สามารถใช้สิทธินั้นได้โดยชอบ โดยสิทธิดังกล่าวมีองค์ประกอบ 2 อย่าง กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ความเป็นไปได้ในการปรับสัญญา และประการที่สอง ความสมเหตุสมผลของคู่สัญญา หากมีการชำระหนี้ไปบางส่วนแล้ว การปรับสัญญาจะไม่พิจารณาถึงหนี้ที่ชำระกันไปแล้ว แต่จะจำกัดขอบเขตอยู่แต่เพียงหนี้ที่ยังคงค้างชำระระหว่างกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากว่าการปรับสัญญาจะนำไปสู่ภาระทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง การปรับสัญญาก็จะถือว่าไม่สมเหตุสมผล

ในกรณีที่จะปรับสัญญากันอย่างไรนั้น ต้องพิจารณาในแต่ละกรณีที่อาจเป็นไปได้ เช่น การลดหนี้ หรือการขยายหน้าที่ตามสัญญา โดยมีเงื่อนไขว่าการปรับสัญญามีความเป็นไปได้และสมเหตุสมผล ซึ่งคู่สัญญาสามารถทำการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ทำการปรับสัญญาได้ โดยจะไม่มีการปรับสัญญาโดยอัตโนมัติ การเรียกร้องให้มีการปรับสัญญาดังกล่าวเป็นไปโดยมุ่งประสงค์ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในการปรับสัญญา ซึ่งการเรียกร้องนี้จะไม่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทันที แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกระบวนการเท่านั้น

โดยเนื้อหาและขอบเขตของสิทธิในการปรับเปลี่ยนสัญญานั้น ผู้มีสิทธิขอปรับเปลี่ยนสัญญาอาจเรียกร้องให้ปรับสัญญาได้เท่าที่จำเป็นเพื่อทำให้การบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล ในขณะเดียวกันก็ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย[34]

อย่างไรก็ดี หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้โดยอาศัยคำฟ้องแบบ allgemeine Leistungsklage ทั้งนี้ เพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ โดยศาลปกครองอาจพิพากษาให้ถือว่าคำพิพากษาแทนการแสดง

---

[33] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, pp. 32-36.

[34] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง,” น. 145.

เจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยินยอมเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองตามคำสั่งของศาลปกครองได้[35]

2) การบอกเลิกสัญญา

การบอกเลิกสัญญากระทำโดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการแสดงเจตนาทางปกครองแต่ฝ่ายเดียว และการแสดงเจตนาดังกล่าว แม้ว่าจะเกิดจากการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ก็มิใช่คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลผูกพัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาทางกฎหมายมหาชนซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิก่อตั้งฝ่ายเดียว และเป็นการแสดงเจตนาภายใต้ฐานของสัญญา นอกจากนี้ การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับการปรับสัญญา เนื่องจากการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญามีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิ โดยมุ่งประสงค์ไปที่การยกเลิกนิติสัมพันธ์ สัญญาจะสิ้นผลเมื่อได้มีการแจ้งเจตนาการบอกเลิกสัญญา โดยมีผลนับแต่นั้นเป็นต้นไป สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามสัญญาถือเป็นอันยุติ

นอกจากนี้ การบอกเลิกสัญญาถือว่าสัญญาดังกล่าวสิ้นสภาพ สิทธิหน้าที่ตามสัญญาก็เป็นอันยุติเช่นเดียวกัน จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าผลตามกฎหมายของการบอกเลิกสัญญาเป็นเช่นใด สภานิติบัญญัติได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่จะไม่บัญญัติผลตามกฎหมายของการบอกเลิกไว้ และศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าในกรณีการสิ้นไปของฐานแห่งสัญญาหรือ clausula rebus sic stantibus จำเป็นต้องมีการจ่ายค่าชดเชยด้วย เพื่อที่จะคงสภาพความสมดุลของสัญญาไว้

ดังที่กล่าวมาแล้ว การบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อกรณีการปรับสัญญาเป็นไปไม่ได้แล้ว การบอกเลิกสัญญาก็คือความเสี่ยงทั่วไปของผลทางกฎหมายของหลัก clausula rebus sic stantibus โดยเป็นความเสี่ยงที่คู่สัญญาต้องแบกรับภาระไว้เนื่องจากไม่สามารถทำการปรับสัญญาได้ ผู้รับการบอกเลิกสัญญาต้องทราบและคาดคะเนไว้แล้วถึงการบอกเลิกสัญญา ดังนั้น จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักความเชื่อโดยสุจริต และหากจะให้คู่สัญญาซึ่งไม่สามารถยึดโยงกับสัญญาเนื่องจากการปรับสัญญาไม่สมเหตุสมผลต้องรับผิดชอบชดเชยในการบอกเลิกสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็คงจะเป็นการขัดต่อหลักสุจริต แต่ในทางตรงกันข้ามหากต้องให้คู่สัญญาผู้นั้นจ่ายค่าชดเชยก็คงจะไม่ยุติธรรม ผลสุดท้ายแล้วตามเจตนารมณ์ของมาตรา 60 (1)

---

[35] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 28.

ประโยคที่ 1 จะมีการจ่ายค่าชดเชยให้กับคู่สัญญาที่ถูกบอกเลิกสัญญาหากว่ามีการชำระหนี้ไปบางส่วน กรณีดังกล่าวก็อาจเป็นข้อยกเว้นให้มีการจ่ายค่าชดเชยตามจริงได้

3.1.4.2 **ผลทางกฎหมายของมาตรา** 60 (1) **ประโยคที่** 2 VwVfG

กรณีที่ฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาโดยเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 นั้นผู้ร่างกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติการแก้ไขปัญหานี้ไว้ จึงมีประเด็นปัญหาว่าต้องมีการจ่ายค่าชดเชยอย่างไร เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในเบื้องต้นจึงสามารถตัดการกระทำละเมิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบออกไปได้ ในฝ่ายตำราได้ยอมรับว่าจำเป็นต้องมีการจ่ายค่าชดเชย แต่ก็มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปในประเด็นที่ว่าการเรียกค่าชดเชยต้องอาศัยฐานแห่งกฎหมายใด หลักกฎหมายในเรื่องการริบทรัพย์สินหรือเวนคืน หรือการกระทำที่มีผลคล้ายการริบทรัพย์หรือเวนคืน หรือหลักกฎหมายมาตรา 48 (3) หรือมาตรา 49 (5) VwVfG (การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง) โดยมีรายละเอียด ดังนี้[36]

1) การจ่ายค่าชดเชยจากการริบทรัพย์หรือเวนคืน หรือการกระทำที่มีผลคล้ายการริบทรัพย์หรือเวนคืน

ดังที่กล่าวไปแล้ว ฝ่ายตำราบางส่วนเห็นว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาถือเป็นการใช้อำนาจบังคับจากภายนอกเข้ามาแทรกแซงสัญญา ตามความเห็นดังกล่าวจึงเห็นว่าการบอกเลิกสัญญามีลักษณะเป็นการกระทำในลักษณะริบทรัพย์หรือเวนคืนตามมาตรา 14 (3) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้อำนาจเอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาจะเข้าข่ายการกระทำที่ทำให้เกิดการริบทรัพย์หรือเวนคืนก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ โดยความเห็นดังกล่าวแบ่งออกได้เป็น

1.1) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเข้าข่ายการริบทรัพย์หรือเวนคืน และความเป็นโมฆะของบทบัญญัติมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 VwVfG

Bisek มีความเห็นก่อนที่จะมีการร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้วว่าการใช้เอกสิทธิ์โดยฝ่ายปกครองในลักษณะดังกล่าวเข้าข่ายการริบทรัพย์หรือเวนคืน และต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 14 (3) ของรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญการริบทรัพย์หรือเวนคืนสามารถทำได้โดยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งต้องมีบทบัญญัติถึงลักษณะและขอบเขตของการจ่ายค่าชดเชย ในขณะที่มาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 ไม่ได้มีการบัญญัติ

---

[36] Worachet Pakeerut, *supra note 12*, pp. 42-45.

มาตรการชดเชยค่าเสียหายไว้ Kokott จึงมีความเห็นว่ามาตรา 60 (1) ประโยคที่สองขัดต่อรัฐธรรมนูญ และตกเป็นโมฆะ ดังนั้น การใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเข้าเงื่อนไขของการริบทรัพย์หรือเวนคืน และจากคำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งสหพันธ์ถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะคล้ายกับการริบทรัพย์หรือเวนคืนและต้องจ่ายค่าชดเชย แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การกระทำไม่เข้าข่ายลักษณะที่คล้ายกับการริบทรัพย์หรือเวนคืน ศาลยุติธรรมจึงไม่สามารถพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายได้เพราะไม่มีฐานแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงจำเป็นต้องโต้แย้งการใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาโดยตรง และไม่สามารถเรียกค่าเสียหายได้

1.2) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมิใช่การริบทรัพย์หรือเวนคืน

บางส่วนของฝ่ายตำราก็มีความเห็นว่าการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 เป็นการกระทำจากภายนอก แต่ไม่เข้าข่ายการริบทรัพย์หรือเวนคืน ตามมาตรา 14 (3) รัฐธรรมนูญ การใช้เอกสิทธิ์ถือเป็นการมุ่งประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและป้องกันความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อบุคคลอย่างร้ายแรงเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีอื่น ๆ และมิใช่เป็นการกระทำที่ทำให้คู่สัญญาต้องเสียสละในกรณีพิเศษ ซึ่งการเสียสละในกรณีพิเศษเป็นเงื่อนไขของการริบทรัพย์และเวนคืน Shenke ได้เพิ่มเติมในความเห็นส่วนนี้ว่า ตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 เป็นส่วนหนึ่งตั้งแต่เริ่มต้นที่เปราะบางของสัญญา ซึ่งหากจะพิจารณาจากการที่การใช้ทรัพย์นั้นต้องเป็นไปเพื่อส่วนรวมด้วย ก็จะเห็นว่าไม่เข้าข่ายการริบทรัพย์หรือเวนคืน

2) การจ่ายค่าชดเชยตามมาตรา 48 (3) หรือมาตรา 49 (5) VwVfG (ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง)

ฝ่ายตำราส่วนใหญ่เห็นว่าการใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองตามมาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 VwVfG ทำให้ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยตามมาตรา 48 (3) (การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) หรือ มาตรา 49 (5) (การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย) หรือทั้งสองอย่างโดยปรับใช้อย่างอนุโลม เหตุผลในการใช้อย่างอนุโลมเนื่องจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องชำระหนี้ของตนตามสัญญานั้นไม่สมควรที่จะมีการปฏิบัติให้แตกต่างไปจากผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ แต่คำสั่งดังกล่าวผู้รับคำสั่งไม่ต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนเหมือนการทำสัญญา ดังนั้น จึงต้องปรับใช้มาตราดังกล่าวอย่างอนุโลม โดยหากว่าการยกเลิกคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นมาตรการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองซึ่งผลที่ตามมาคือการจ่ายค่าชดเชยแล้ว ในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญาโดยเหตุว่า

ต้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะก็คงต้องมีการชดเชยค่าเสียหายเช่นเดียวกัน มิฉะนั้นจะเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้สัญญาทางปกครองแทนการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งก็จะมิใช่เจตนารมณ์ของสัญญาทางปกครองอย่างแน่นอน และหากว่าไม่มีการจ่ายค่าชดเชยก็จะเป็นการที่ให้คู่สัญญารับความเสี่ยงจากสัญญามากเกินไปอันขัดต่อหลักสุจริตอีกด้วย ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของสัญญาทางปกครองได้[37]

3.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ถือว่ามีวิวัฒนาการทางด้านแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ทั้งนี้ แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีอิทธิพลโดยตรงต่อพัฒนาการทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ดังนั้น การศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาจากแนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบของประเทศไทย

3.2.1 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำ “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” แล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l’Administration)” ทั้งนี้ สัญญาของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (contrats du droit commun de l’administration) โดยมีเพียงสัญญาประเภทแรก

---

[37] มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 31.

คือ สัญญาทางปกครองเท่านั้นที่จะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง[38]

การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนออกจากกัน โดยหลักแล้วการแบ่งแยกประเภทของสัญญาว่าจะให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่จะต้องกำหนดเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) ซึ่งเรียกกันว่า สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายบัญญัติ (le contrat administratif par détermination de la loi) เช่นสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (travaux publics) ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ 28 pluviôse an VII (ค.ศ. 1799) สัญญาเกี่ยวกับการเข้าใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domaine public) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา L.84 ประมวลกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของรัฐ ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1938 หรือสัญญาพัสดุตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2001 เป็นต้น แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดก็เป็นหน้าที่ของตุลาการที่จะเป็นผู้กำหนด โดยสภาแห่งรัฐจะมีหลักในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองอยู่สามประการด้วยกัน คือ หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา และหลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา[39]

ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงสามารถแบ่งออกได้เป็น สัญญาทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดไว้ และสัญญาทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล (สัญญาทางปกครองโดยสภาพ)

3.2.1.1 **สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด**

สัญญาทางปกครองประเภทนี้จะพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย โดยลักษณะของบทกฎหมายในเรื่องนี้จะมีอยู่ 2 ลักษณะ กล่าวคือ บางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ใดเป็น “สัญญาทางปกครอง” (หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน) ซึ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้มีน้อย แต่ในบางกรณีซึ่งเป็นกรณีส่วนใหญ่ กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้น ๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง (หรือศาลยุติธรรม)

---

[38] บุบผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545) , น. 20-21.

[39] นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น. 139-140.

ซึ่งก็เป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครอง (หรือระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณี) มาใช้บังคับกับสัญญานั้น ๆ[40]

สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอาจจะมีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” ตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นอยู่แล้วหรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้[41]

ตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่[42]

- สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Marchés de Travaux publics) ถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviôse an VIII

- สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (Contrats comportant occupation du domaine public) กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐมาตรา 84

- สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Marchés publics) กำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code de Marchés publics)

- สัญญากู้ของรัฐ (Emprunts publics de l’Etat) กำหนดโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1790 และ 26 กันยายน 1739

ในขณะเดียวกันมีสัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น

สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของราชการทหาร (Contrats relatives au service des ordinaires) กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 เมษายน 1905 และ 6 พฤศจิกายน 1930 สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 สิงหาคม 1851 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de Santé public) มาตรา L 680 ในขณะที่สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะไม่ดีอยู่ในเขตอำนาจ

---

[40] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น. 45.

[41] ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น. 33.

[42] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38* , น. 23-24.

ของศาลปกครอง (รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 1983 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตราเดียวกัน)[43]

3.2.1.2 สัญญาทางปกครองโดยแนวคำพิพากษาของศาล (สัญญาทางปกครองโดยสภาพ)

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง จะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งศาลใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลายเกณฑ์ด้วยกัน โดยอาจแบ่งได้ดังนี้

1) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ทางองค์กร

ศาสตราจารย์ ชาปูส์ (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ได้อธิบายเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวแยกออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติในการแบ่งดังนี้[44]

1.1) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

แต่เดิมศาลมิได้แยกกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1983 “ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (le Tribunal des conflits)” ได้วางหลักใหม่ในคดี Union des Assurances de Paris ว่า “สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นโดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง”[45] ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวข้างต้นเท่ากับเป็นการวางหลักว่า สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้ “วิธีการในการจัดการทางมหาชน” (les modes de la gestion publique) แต่หลักการดังกล่าวไม่ใช้บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุแห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดในทางปฏิบัติก็คือ สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำกับการไฟฟ้าแห่งประเทศฝรั่งเศสเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการรายหนึ่ง ซึ่งสัญญาเช่นว่านี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชนทั่วไป[46]

---

[43] *เพิ่งอ้าง*, น. 24.

[44] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 46.

[45] ชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น. 34.

[46] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 46.

1.2) สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นเสมอไปที่สัญญานั้นจะต้องเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะหากฝ่ายปกครองเลือกที่จะใช้เทคนิคทางสัญญาในการปฏิบัติภารกิจของตน สัญญาที่ทำขึ้นอาจเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสัญญานั้น ๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ เป็นนิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน (acte de gestion publique) ทั้งนี้ โดยอาจเป็นเพราะสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรืออาจเป็นเพราะวัตถุแห่งสัญญานั้น หรืออาจเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น ส่วนวิธีการในการทำสัญญานั้นไม่มีผลต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญา นอกจากนี้การที่สัญญาตามกฎหมายเอกชนจะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครอง มิได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของสัญญานั้นให้เป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด[47]

1.3) สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน

โดยหลักแล้ว สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันนั้นไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลถือหลักว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนนั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ หรือไม่ว่าสัญญานั้นจะมีลักษณะพิเศษฯ หรือมีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ดี หลักที่ศาลวางไว้ดังกล่าวข้างต้นนั้น มีข้อยกเว้นอยู่ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน”[48]

2) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา

สัญญาทางปกครองโดยแยกประเภทตามวัตถุประสงค์นี้ สามารถแยกออกเป็น 3 ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้[49]

---

[47] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 25.

[48] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 53-54.

[49] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 31-35.

2.1) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์นั้นมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารกิจการแบบมหาชนโดยแท้ เพราะในการทำงานดังกล่าวนั้น ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ สัญญาประเภทนี้แบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

2.1.1) สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และนอกจากจะว่าจ้างให้ทำการก่อสร้างแล้ว ยังมอบให้ผู้รับเหมาบริหารหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาจะได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชน

2.1.2) สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ เป็นกรณีที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการเป็นค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน

2.2) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินมีลักษณะเป็น “การบริหารแบบมหาชน” สัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาดเพื่อดำเนินการเกี่ยวเนื่องกับการเล่นน้ำทะเล เป็นต้น

2.3) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

เกณฑ์ในการพิจารณานี้ สภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นในคำวินิจฉัยคดี ซึ่งสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงที่สมควรนำมากล่าวถึงมีอยู่ 3 ประเภท คือ

2.3.1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะนั้นอาจจะมีลักษณะทางปกครองหรือมีลักษณะ

ทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ตัวอย่างของสัญญานี้ เช่น สัญญามอบให้ดำเนินบริการสาธารณะทางด้านสุขลักษณะและความปลอดภัย โดยจับสุนัขจรจัดและเก็บซากสัตว์ สัญญามอบให้เอกชนจัดอาหารเลี้ยงดูผู้อพยพซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งกลับผู้อพยพต่างด้าว เป็นต้น

2.3.2) สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง โดยสัญญาที่เด่นชัดที่สุด ก็คือ สัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ตรงกับหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะนั้นและมีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นโดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา เป็นต้น แต่ถ้าเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ปลีกย่อย เช่น หน้าที่ทำความสะอาดอาคารของหน่วยงานบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวนี้จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษฯ

2.3.3) สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ในกรณีที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองให้บริการแก่ผู้ใช้บริการตามสัญญาที่ทำกัน สัญญาดังกล่าวเป็นวิธีอย่างหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นในคำวินิจฉัยในคดี Epoux Bertin ค.ศ.1956 ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้คือ สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าว ซึ่งเป็นการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นการดำเนินงานทางด้านการปลูกป่าโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ใช้บริการ

3) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

เนื้อหาสาระที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองตามบรรทัดฐานคำพิพากษานั้นจะต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งต่อไปนี้ คือ สัญญานั้นมีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง หรือ สัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก (les clauses exorbitantes du droit commun)

3.1) สัญญานั้นมีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง

สัญญาทุกสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาใดสัญญาหนึ่งจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็จะต้องเป็นสัญญาที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะแม้สัญญานั้นจะไม่มีข้อกำหนดที่มี

ลักษณะพิเศษก็ตาม[50] โดยคำว่า "วัตถุแห่งสัญญา" คือ หนี้ที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกัน เหมือนกับในสัญญาทางแพ่งนั่นเอง ซึ่งสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญา หากแต่ความเกี่ยวข้องนั้นจะต้องถึงขนาดที่วัตถุแห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หนี้ที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินบริการสาธารณะในตัวเอง ในขณะที่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะแต่ไม่ถึงกับเป็นการดำเนินบริการสาธารณะเองโดยตรง โดยสภาพจะไม่ใช่สัญญาทางปกครองถ้าไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง[51]

3.2) สัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

ปรัชญาของหลักข้อนี้มีอยู่ว่า ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนที่ให้สิทธิพิเศษที่เอกชนไม่มีแก่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น ถ้าฝ่ายปกครองมาทำสัญญากับเอกชนและยังไม่ต้องการสละสิทธิพิเศษตามที่มีในอำนาจมหาชน ก็อาจเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิ์เช่นนั้นไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับแก่สัญญานั้น จะใช้กฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญาไม่ได้ ต่อเมื่อสัญญานั้นไม่มีข้อความที่รับรองเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองและไม่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ก็ต้องถือว่าฝ่ายปกครองและเอกชนพร้อมใจกันยอมรับกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญานั้น[52] สัญญาหนึ่งสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาที่จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง ด้วยการกำหนดข้อความในสัญญาในลักษณะที่เป็นการยกเว้นกฎหมายแพ่งในกรณีดังกล่าว ข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งหรือยกเว้นกฎหมายแพ่งเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง โดยข้อกำหนดที่ถือว่าแตกต่างไปจากข้อกำหนดทั่วไปในสัญญาทางแพ่งก็คือ ข้อกำหนดที่มี

---

[50] นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550), น. 345.

[51] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 3 เรื่อง สัญญาทางปกครอง, น. 84.

[52] *เพิ่งอ้าง*, น. 87.

ลักษณะเกินเลยขอบเขตของหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาและซึ่งไม่อาจกำหนดไว้ในสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเองได้[53]

ความหมายของ “ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน” นั้น คำวินิจฉัยของศาลได้ให้คำนิยามของข้อสัญญาดังกล่าวไว้ว่า “เป็นสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์” แต่ศาสตราจารย์ ชาปุส์ ตั้งข้อสังเกตว่า คำนิยามเช่นว่านี้เป็นเพียงคำจำกัดความของข้อสัญญาดังกล่าวประเภทหนึ่งในหลายประเภทของสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ เป็นข้อสัญญาประเภทที่โดยลักษณะของข้อสัญญานั้นแล้วไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน แต่ยังมีข้อสัญญาประเภทอื่น ๆ อีกที่ถือว่ามีลักษณะพิเศษเพราะเป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาโดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน มีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน โดยข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการโรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี เป็นต้น ส่วนข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุม หรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้[54]

น่าสังเกตว่า ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น หากพิจารณาที่วัตถุแห่งสัญญาหรือหนี้ที่คู่สัญญาต้องชำระต่อกันนั้น จะเห็นได้ว่า โดยสภาพของสัญญานั้นเองที่เอกชนด้วยกันไม่อาจจะทำสัญญาโดยมีข้อกำหนดดังกล่าวได้ เช่น การยกเว้นภาษี หรือการที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดในกิจการแต่ผู้เดียว[55] เป็นต้น กรณีดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาซึ่งรัฐ (ฝ่ายปกครอง)

---

[53] สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, “รายงานวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แปลและเรียบเรียงจาก DROIT ADMINISTRATIF 17e EDITION, Dalloz, 1998 Jean Rivero et Jean Waline,” สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, ตุลาคม 2545, น. 113.

[54] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 38-39.

[55] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 88.

เท่านั้น จะทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้ได้เพราะการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีฐานมาจากการใช้อำนาจทางปกครอง ข้อกำหนดดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ เพียงแต่เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง และข้อกำหนดดังกล่าวเป็นผลมาจากสภาพของสัญญานั่นเอง

3.2.2 **หลัก** clausula rebus sic stantibus **ในสัญญาทางปกครอง**

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสค่อนข้างจะยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยหลักทั่วไปในกฎหมายลักษณะสัญญาของฝรั่งเศสนั้นเป็นไปตามมาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งมีความว่า

> “สัญญาที่ได้ทำขึ้นโดยชอบย่อมมีผลบังคับแก่คู่กรณีที่ตกลงกันเช่นกฎหมาย สัญญาย่อมเลิกกันโดยความยินยอมของคู่กรณี หรือโดยผลของกฎหมาย การปฏิบัติตามสัญญาต้องเป็นไปตามหลักสุจริต”

โดยผลของบทบัญญัตินี้ เป็นที่เข้าใจกันว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปฏิเสธการปรับใช้หลัก clausula rebus sic stantibus ในฐานะเป็นหลักทั่วไป และยอมให้มีได้เฉพาะกรณีที่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้น ซึ่งตัวอย่างที่สำคัญในกรณีนี้ คือ มาตรา 953 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งยอมให้เพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณหรือผู้ให้มีบุตรในภายหลัง หรือกรณีผู้ให้ยืมตามมาตรา 1889 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งรับรองสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์คืนก่อนครบกำหนดเวลาได้ หากเกิดความจำเป็นต้องใช้ทรัพย์ที่ให้ยืมนั้นโดยไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า แต่ศาลอาจสั่งยับยั้งการเรียกคืนทรัพย์นั้นได้[56] ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus โดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ปฏิเสธการปรับใช้หลัก clausula rebus sic stantibus ในฐานะเป็นหลักทั่วไป โดยจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในคดีที่มีข้อขัดข้องในการชำระหนี้ที่ค่อนข้างเคร่งครัดไม่ยืดหยุ่น ศาลสูงในคดีแพ่งฝรั่งเศสได้วางเป็นหลักไว้ตั้งแต่ราวกลางศตวรรษที่ 19 และเดินตามแนวนี้อย่างเคร่งครัด ปรากฏให้เห็นได้ในแนวคำพิพากษาคดีสำคัญ ๆ หลายคดี โดยตามแนว

---

[56] กิตติศักดิ์ ปรกติ, “รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่อง ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events),” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, น. 24.

คำพิพากษานี้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ต่อเมื่อการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะพฤติการณ์ที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบ หรือเพราะการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยในทางกายภาพ[57]

ซึ่งปรากฏกระแสต่อต้านแนวคำพิพากษาของศาลสูงซึ่งถูกมองว่าคับแคบและแข็งกระด้างขึ้นในศาลยุติธรรมชั้นต้นอื่น ๆ โดยการคัดค้านดังกล่าวปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมชั้นต้นหลายแห่ง ซึ่งนับเป็นความพยายามที่จะให้มีการรับรองหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเข้ามาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงก็ได้รับการยืนยันในหลักการเดิม โดยมีเหตุผลของศาลสูงที่น่าสนใจในคำพิพากษาคดีหนึ่งในปี ค.ศ. 1873

ในกรณีสัญญาขุดคลองและจ่ายน้ำแก่ชาวสวนในเขตคลองที่ขุดขึ้นแห่งหนึ่งซึ่งได้ตกลงกันไว้ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 16 โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงขุดคลองและจ่ายน้ำเพื่อบำรุงรักษาต้นไม้ในสวนผลไม้แก่ชาวสวนในบริเวณนั้นโดยมีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมค่าน้ำกัน สัญญาดังกล่าวไม่มีกำหนดเวลา ต่อมา เมื่อเวลาผ่านไปนาน ๆ ปรากฏว่าค่าของเงินตกต่ำลงตามสภาวะทางเศรษฐกิจ อัตราค่าธรรมเนียมที่เคยตกลงกันไว้ก่อนนั้นลดค่าลงจนมีมูลค่าน้อยนิดอย่างยิ่ง ไม่เพียงพอแม้แต่จะใช้เป็นค่าดูแลรักษาลำคลองส่งน้ำได้ จึงมีการเรียกค่าธรรมเนียมเพิ่มและเกิดข้อพาทกันขึ้น ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Aix ได้พิพากษาให้ปรับค่าธรรมเนียมค่าน้ำให้สูงขึ้นโดยอธิบายว่าเป็นการปรับให้เกิดความ “เป็นธรรม - équité” แก่คู่กรณี แต่เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูง ศาลสูงได้พิพากษายกคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ และยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญามาอธิบายว่า “แม้ว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์จะดูเหมือนจะเป็นธรรมก็ตาม ศาลก็ไม่พึงอ้างเหตุที่กาลเวลาล่วงไปหรืออ้างพฤติการณ์อย่างอื่นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงของคู่สัญญาโดยนำเอาข้อความใหม่อื่นใดมาแทนที่ข้อความเดิมซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เอง”[58]

แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีแพ่งของฝรั่งเศสทำให้หลักการตีความสัญญาของฝรั่งเศสให้น้ำหนักแก่ความในมาตรา 1134 วรรคแรก ซึ่งถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญายิ่งกว่าความในวรรคสาม ซึ่งถือหลักว่าการใช้สิทธิและการชำระหนี้ต้องกระทำตามหลักสุจริต และทำให้มาตรา 1135 ที่วางหลักว่าสัญญาย่อมผูกพันตามหลักความเป็นธรรมและปกติประเพณีมีผลใช้อย่างแคบเกินไป และทำให้เป็นที่กล่าวกันว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับ

---

[57] *เพิ่งอ้าง*, น. 27.

[58] *เพิ่งอ้าง*, น. 28.

หลัก clausula rebus sic stantibus[59] อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำพิพากษาคดีปกครองในเรื่องดังกล่าวในทางตรงกันข้ามกับศาลยุติธรรม

3.2.2.1 การยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

ในช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่ 1 สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำวินิจฉัยคดีปกครองในกรณีพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ตรงกันข้ามกับศาลยุติธรรมซึ่งยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัด โดยจะเห็นได้จากการพิพากษารับรองให้มีการปรับข้อผูกพันตามสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ประกอบการให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหากเกิดข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามสัญญาขึ้น สภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะยอมให้มีการปรับสัญญาได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ เหตุผลสำคัญในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ก็คือ การคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนในอันที่จะให้บริการสาธารณะดำเนินไปโดยไม่ขาดตอน เพื่อจะได้ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินชีวิตปกติประจำวันของประชาชน ดังนั้น เมื่อพฤติการณ์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป สัญญาบริการสาธารณะจึงไม่ควรต้องสะดุดหรือระงับสิ้นไปด้วย[60] ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในเรื่องนี้ปรากฏให้เห็นได้ในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 มีนาคม 1916 คดีบริษัท เยอเนอรัล เดแคลราจ เดอ บอกร์โดซ์ (compagnie générale d'Eclairage de Bordeaux)

คดีนี้เมืองบอร์กโดซ์ได้ให้สัมปทานแก่บริษัทเยอเนอรัล เดแคลราจ เดอ บอร์กโดซ์ในการดำเนินบริการให้แสงสว่างด้วยก๊าซแก่เมืองบอร์กโดซ์ ราคาของถ่านหินที่เป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซในขณะทำสัญญา ราคา 23 ฟรังค์ต่อตัน ต่อมาในช่วงวิกฤตที่มีปัญหา ราคาถ่านหินได้เพิ่มจาก 35 ฟรังค์ต่อตัน ในปี ค.ศ. 1915 มาเป็น 117 ฟรังค์ต่อตัน ในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 1916 เนื่องจากภาวะก่อนสงครามโลก เขตพื้นที่ของเหมืองถ่านหินส่วนใหญ่ของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปได้ถูกครอบครองโดยประเทศศัตรู และการขนส่งทางทะเลมีปัญหามากขึ้นด้วยสาเหตุเรือเดินสมุทรถูกยึดและการสงครามทางทะเลที่ยืดเยื้อ สิ่งเหล่านี้ส่งผลให้ราคาของถ่านหินที่เป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซพุ่งสูงขึ้น บริษัทจึงร้องขอให้ผู้ให้สัมปทานจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่ตนได้รับเพราะการขึ้นราคาอย่างผิดปกติของถ่านหินซึ่งเป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซและถูกจำกัดโดยข้อกำหนดในสัมปทานไม่ให้ขึ้นราคาก๊าซ

---

[59] *เพิ่งอ้าง*, น. 29.

[60] *เพิ่งอ้าง*, น. 29.

สภาแห่งรัฐวางแนวไว้ว่า โดยหลัก สัญญาสัมปทานกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้สัมปทาน และคู่สัญญาต้องผูกพันตามนั้นไปจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุด โดยผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายและภายใต้เงื่อนไขที่สัมปทานกำหนด ทั้งนี้ ความเปลี่ยนแปลงของราคาวัตถุดิบจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจอาจสูงขึ้นหรือต่ำลงเป็นสิ่งที่ผู้รับสัมปทานจะต้องยอมรับความเสี่ยงภัยนั้นเอง เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมรับรู้และยอมรับความไม่แน่นอนนั้นและคำนวณเผื่อความไม่แน่นอนดังกล่าวมาตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวราคาถ่านหินซึ่งเป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซสูงมากเกินกว่าที่คู่สัญญาจะสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าในขณะทำสัญญา เหตุการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสมดุลของประโยชน์ได้เสียที่กำหนดไว้ในสัญญา ดังนั้น บริษัทผู้รับสัมปทานจึงยืนยันว่าตนไม่อาจจะดำเนินบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้แต่ดั้งเดิมในสัญญาหากสถานการณ์ดังกล่าวยังไม่คลี่คลาย ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องค้นหาแนวทางที่จะทำให้เหตุการณ์ผิดปกติที่เกิดเพียงชั่วคราวนั้นสิ้นสุดลง ซึ่งแนวทางดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงทั้งประโยชน์สาธารณะ คือ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยบริษัทผู้รับสัมปทานที่ต้องมีความต่อเนื่อง ซึ่งรัฐจะต้องมีส่วนช่วยเหลือบริษัทในทุกทางที่เป็นไปได้ กับคำนึงถึงเงื่อนไขพิเศษที่ทำให้ไม่อาจดำเนินการตามข้อสัญญาตามปกติ จึงวินิจฉัยว่า ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องดำเนินบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายต่อไป และผู้รับสัมปทานต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นเพียงบางส่วนเท่าที่วิญญูชนอาจตีความได้จากสัญญา จึงสั่งให้คู่สัญญาไปตกลงเงื่อนไขที่ผู้รับสัมปทานจะยังดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้ รวมทั้งการกำหนดค่าทดแทนให้ผู้รับสัมปทานเพราะการณ์นั้นด้วย[61]

จากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐได้ยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในเรื่องนี้เป็นกรณีที่พฤติการณ์ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปและมีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยโดยยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในเชิงความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ พิพากษาในลักษณะที่ให้มีการปรับสัญญาเพื่อให้สัญญายังคงมีผลต่อไป โดยไม่ได้ปรับใช้หลักดังกล่าวเพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลง เหตุผลสำคัญที่ศาลคำนึงถึงในคดีนี้ คือ เรื่องของการ

---

[61] จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่องวิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ,” สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอสำนักงานศาลปกครอง, 2549, น. 20-22.

บริการสาธารณะต้องต่อเนื่อง ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในสัญญาทางแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ศาลยุติธรรมไม่ยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus โดยให้ความสำคัญกับข้อตกลงของสัญญาที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนากันไว้เองยิ่งไปกว่าหลักความเป็นธรรมและหลักสุจริต แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องของคู่สัญญาสองฝ่าย สัญญาทางปกครองส่วนมากมีผลกระทบกับการบริการสาธารณะ ซึ่งสภาแห่งรัฐคำนึงถึงหลักการบริการสาธารณะเป็นสำคัญ สภาแห่งรัฐจึงไม่อาจปฏิเสธหลัก clausula rebus sic stantibus ได้ เนื่องจากประโยชน์สาธารณะเรียกร้องนั่นเอง

3.2.2.2 หลักการให้เหตุผลในเรื่อง clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว หลัก clausula rebus sic stantibus ถูกยกขึ้นมาใช้โดยเหตุผลในเรื่องของหลักความเป็นธรรมและหลักสุจริตของคู่สัญญา และตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลัก clausula rebus sic stantibus ถูกปฏิเสธโดยศาลสูงในคดีแพ่งของฝรั่งเศส ซึ่งยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญายิ่งกว่าหลักความเป็นธรรมและสุจริต แต่สภาแห่งรัฐได้ยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus โดยปรากฏจากคำพิพากษาด้วยเหตุผลที่เด่นชัดเพียงประการเดียว คือ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้โดยไม่ขาดตอน แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะเป็นแนวความคิดที่ถือได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของฝรั่งเศส ซึ่งบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ และการทำสัญญาทางปกครองก็เป็นวิธีการหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงต้องตกอยู่ภายใต้ทฤษฎีบริการสาธารณะเช่นกัน

Brown และ Garner ให้ข้อสังเกตว่า “เรื่องการบังคับและการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนี้เอง ที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้แสดงหลักพิเศษอันเกิดจากแนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ถึงว่าประโยชน์ดังกล่าวจะขัดกับข้อความชัดแจ้งแห่งสัญญา ทฤษฎีนี้เป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายและไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี...”[62] จากความดังกล่าวจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าระบบกฎหมายของฝรั่งเศสยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะยิ่งกว่าข้อความอันชัดแจ้งแห่งสัญญา หลัก clausula rebus sic stantibus จึงยืนอยู่ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสด้วยเหตุผลของประโยชน์สาธารณะ

---

[62] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 95.

รัฐมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์สาธารณะประเภทใด หากลักษณะเป็นบริการสาธารณะแล้ว รัฐต้องเข้าจัดการหรือควบคุมดูแลให้การดำเนินการเป็นไปได้ด้วยดีและต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ อันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ซึ่งได้กล่าวในรายละเอียดไว้ในบทที่ 2 แล้ว โดยหลักดังกล่าวมีผลต่อการยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักว่าด้วยความต่อเนื่องและหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ซึ่งหลักว่าด้วยความต่อเนื่องนั้นมีผลต่อสัญญาทางปกครองในกรณีที่เกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นและมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปรับภาระบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญาโดยการจ่ายค่าทดแทนอันเป็นการปรับข้อสัญญาในเรื่องการเงินนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องและหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ยังมีผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อสนองตอบต่อความต้องการของบริการสาธารณะอีกด้วย

3.2.2.3 **หลัก clausula rebus sic stantibus ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ได้ปรากฏหลักในเรื่องนี้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นในเยอรมัน แต่เป็นหลักกฎหมายที่ถูกพัฒนาโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) โดยเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาจากผลของทฤษฎีประโยชน์สาธารณะนั่นเอง "จุดเด่นของผลแห่งสัญญาทางปกครองก็คือ กฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชนโดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะเดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มี เป็นการทดแทนให้เอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง"[63] ซึ่งจากความดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หลัก clausula rebus sic stantibus ได้ปรากฏขึ้นในรูปของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาใน 2 เรื่อง คือ

1) เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นสิทธิพิเศษที่ฝ่ายปกครองมีอยู่เหนือเอกชนโดยเฉพาะอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือมองในอีกมุมหนึ่งก็คือหน้าที่ของเอกชน

---

[63] *เพิ่งอ้าง*, น. 95.

คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองที่ต้องยอมรับเอกสิทธิ์ดังกล่าว ซึ่งหลักดังกล่าวก็คือ “หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง”

2) หน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องทดแทนให้เอกชนคู่สัญญาเพื่อให้การปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนดำเนินต่อไปได้โดยไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมองในอีกมุมหนึ่ง ก็คือ สิทธิพิเศษของเอกชนคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ซึ่งเอกชนในสัญญาทางแพ่งไม่มี โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยในกรณีที่เกิดเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้และทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระอันเกินแก่ความคาดหมายตาม “ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้” นอกจากนี้ ในกรณีที่เอกชนต้องรับภาระติดพัน เนื่องจากการตกอยู่ในสภาพบังคับซึ่งไม่อาจรู้ล่วงหน้า (Les sujétions imprévues) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิได้รับค่าทดแทนเช่นกัน

ซึ่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว เป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง จึงจำเป็นต้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้ เพื่อประโยชน์ของสาธารณะอันเป็นฐานของสัญญาทางปกครอง และด้วยเหตุที่ว่าฝ่ายปกครองคือผู้คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก หลัก clausula rebus sic stantibus จึงได้รับการปรับใช้ในลักษณะที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองค่อนข้างมาก

3.2.3 ลักษณะของหลัก clausula rebus sic stantibus ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศสมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถูกสร้างขึ้นและพัฒนาโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ดังนั้น ในการศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวจึงต้องศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลเป็นหลัก โดยจะแบ่งหัวข้อในการศึกษาลักษณะของหลัก clausula rebus sic stantibus ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็น 1) หลัก clausula rebus sic stantibus ที่ปรากฏในหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง 2) หลัก clausula rebus sic stantibus ที่ปรากฏในทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ และ 3) หลัก clausula rebus sic stantibus ที่ปรากฏในทฤษฎีการรับภาระซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญา (La théorie des sujétions imprévues)

3.2.3.1 หลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

โดยลักษณะธรรมชาติของสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชนในบางกรณี ซึ่งปกติแล้วเป็นเรื่องที่จะต้องใช้อำนาจมหาชนโดยไม่จำต้องกำหนดไว้ในสัญญา ถ้าเป็นเรื่องที่จำต้องใช้อำนาจมหาชนแล้วถึงแม้จะไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา เช่น กรณีมีเหตุจำเป็นสาธารณะคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติการบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หรือกรณีที่วัตถุแห่งสัญญาดังกล่าวหมดความจำเป็น อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็สามารถกระทำได้ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาคือประโยชน์มหาชน ในการปฏิบัติการตามสัญญาฝ่ายปกครองจึงสงวนเอกสิทธิ์บางประการซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชนที่เป็นของรัฐโดยธรรมชาติซึ่งรัฐไม่อาจสละได้แม้ขณะทำสัญญา[64] โดยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองที่สำคัญและเป็นการแสดงออกซึ่งหลัก clausula rebus sic stantibus คือ อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวและอำนาจในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

1) อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

อำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งตรงกันข้ามกับหลักการพื้นฐานตามกฎหมายแพ่งในเรื่องที่ว่า สัญญาจะต้องมีผลผูกพันและไม่เปลี่ยนแปลง (l'immutabilité des contrats) โดยนักวิชาการส่วนหนึ่งที่คัดค้านความมีอยู่ของอำนาจดังกล่าวได้พยายามที่จะโยงแนวปฏิบัติของสัญญาทางปกครองในเรื่องนี้ไปรวมไว้ในหลักการของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองที่ชี้ขาดปัญหานี้โดยการยืนยันถึงอำนาจดังกล่าวไว้ชัดแจ้ง โดยสภาแห่งรัฐเพียงแต่ถ่ายทอดหลักความสำคัญอย่างยิ่งของประโยชน์สาธารณะ (ซึ่งความจำเป็นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามระยะเวลานั้น) ที่ไม่อาจถูกกระทบกระเทือนได้โดยกฎเกณฑ์ว่าด้วยความไม่เปลี่ยนแปลงของสัญญา ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจที่จะเพิ่ม แก้ไข หรือลดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาได้[65]

1.1) ที่มาของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา เป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

---

[64] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 125.

[65] สุรพล นิติไกรพจน์ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, น. 120.

ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนี้ มีที่มาของอำนาจอยู่หลายแหล่ง ดังนี้[66]

1.1.1) กรณีที่มีกฎหมาย (ไม่ว่าจะระดับรัฐบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรอง) กำหนดเอาไว้ เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 มิถุนายน 1979 เกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะระดับท้องถิ่นในมาตรา 6 วรรคสาม กำหนดเอาไว้ว่า คำขอแก้ไขสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเท่ากับเป็นการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 29 ตุลาคม 1980 เกี่ยวกับรูปแบบการแสวงหาประโยชน์ในการขนส่งสาธารณะระดับท้องถิ่นก็กำหนดไว้สอดรับในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น

1.1.2) กรณีที่ข้อกำหนดในสัญญากำหนดเอาไว้ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่จะมีข้อกำหนดในลักษณะนี้อยู่ โดยเฉพาะจะกำหนดเอาไว้ในบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ของสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะหรือสัญญาจ้างที่ปรึกษาและงานวิจัย เป็นต้น

1.1.3) กรณีที่ไม่มีกฎหมายและข้อสัญญากำหนดไว้ สำหรับกรณีว่าหากไม่มีกฎหมายและไม่มีข้อกำหนดในสัญญากำหนดถึงอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเอาไว้ อำนาจของฝ่ายปกครองนี้จะมีอยู่หรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ยังเป็นหัวข้อถกเถียงกันในทางวิชาการ โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า อำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนี้มีอยู่โดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดเอาไว้เท่านั้น อำนาจดังกล่าวมิใช่เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองมีอยู่เอง ในขณะที่อีกฝ่ายซึ่งเป็นความเห็นของนักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่เห็นว่า อำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองเป็นอำนาจที่มีอยู่โดยไม่จำต้องมีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดรองรับไว้แต่อย่างใด

สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสว่า เป็นสิทธิที่ฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองมีอยู่โดยสภาพ (inherent power) โดยมีทฤษฎีบริการสาธารณะ (notion de service public) ซึ่งเป็นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นแนวความคิด

---

[66] บุบผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครอง”, <u>รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ</u>, สำนักงานศาลปกครอง, น. 169 – 171.

ที่รองรับหลักการนี้[67] ซึ่งได้มีแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวอยู่หลายคำวินิจฉัย โดยเฉพาะคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ C.E. ลงวันที่ 21 มีนาคม 1910 Compagnie générale française des tramways ซึ่งจังหวัดได้ทำสัญญาให้สัมปทานเดินรถไฟแก่บริษัท ต่อมาในฤดูร้อนประชาชนต้องการใช้รถมากขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงอาศัยอำนาจตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1881 เพิ่มจำนวนขบวนรถขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนที่เพิ่มขึ้น ทั้งนี้ รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “โดยการเสนอของผู้รับสัมปทาน ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจกำหนดตารางเวลาการให้บริการรถไฟฟ้า...” โดยฝ่ายรัฐตีความมาตราดังกล่าวว่า อำนาจในการกำหนดตารางการให้บริการมิได้หมายถึงเฉพาะจำนวนเที่ยวรถเท่านั้น แต่หมายถึงจำนวนรถด้วย แต่บริษัทไม่ยอม โดยอ้างข้อสัญญาว่าตนยินดีเพิ่มเที่ยวรถแต่ไม่เพิ่มจำนวนรถ จนคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วเห็นว่า กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไม่เฉพาะแต่การอนุมัติจำนวนเที่ยวรถไฟเพื่อความปลอดภัยและความสะดวกของการเดินรถเท่านั้น แต่ยังให้อำนาจฝ่ายปกครองในการแก้ไขและการเพิ่มเติมจำนวนหรือขบวนรถไฟเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการบริการโดยไม่ติดขัดอันเป็นประโยชน์ต่อประชาชน แต่หากผู้รับสัมปทานเห็นว่าตนต้องรับภาระมากขึ้นและก่อให้เกิดความเสียหาย ก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ โดยข้อสังเกตที่น่าสนใจในคำแถลงการณ์มีว่า “รัฐไม่อาจทอดทิ้งไม่สนใจบริการสาธารณะที่รัฐได้ให้สัมปทานแก่เอกชนไป แม้บริการสาธารณะได้ถูกสัมปทานไปแล้ว แต่บริการนั้นก็ยังคงเป็นบริการสาธารณะ ดังนั้น รัฐจะเข้ามาแทรกแซงในกรณีจำเป็นเพื่อบังคับให้ผู้รับสัมปทานต้องกระทำการนอกเหนือจากที่กำหนดในข้อสัญญา อาจกล่าวได้ว่าอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีนี้ไม่ได้มีที่มาจากตัวสัญญา แต่เป็นอำนาจที่คู่สัญญามีอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ถืออำนาจมหาชน”[68]

แต่เนื่องจากคำพิพากษาดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของเรื่องการขนส่งสาธารณะในระดับท้องถิ่น จึงทำให้มีผู้โต้แย้งว่าอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการบัญญัติเอาไว้แล้ว แม้ว่าการเขียนคำพิพากษาของศาลจะมีลักษณะที่อ้างว่าอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองก็ตาม อย่างไรก็ดี

---

[67] บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, “สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 65.

[68] จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61*, น. 14-15.

เคยมีคำพิพากษาเมื่อปี 1958 ในคดี Distillerie de Magnae - Laval สภาแห่งรัฐได้เขียนคำพิพากษาไว้อย่างชัดแจ้งว่า “ไม่ว่าจะในกรณีใดก็ตามถือว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลในการยกเลิกสัญญาจัดซื้อพัสดุภายใต้เงื่อนไขสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้เดือดร้อนเสียหายโดยอำนาจดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในสัญญาทางปกครอง” ทั้งนี้ โดยขยายอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวมาถึงอำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวด้วย และในคดีดังกล่าวศาลยอมรับไว้ชัดเจนว่า อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวรวมถึงอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดเอาไว้ ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้[69]

1.2) ลักษณะของการใช้อำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับความต้องการในบริการสาธารณะ ทั้งนี้ การใช้อำนาจดังกล่าวต้องสอดคล้องและเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะเท่านั้น เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ควรจะต้องผูกพันอยู่กับสัญญาที่วัตถุประสงค์ของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์อีกต่อไป หรือผูกพันกับข้อสัญญาที่ล้าสมัยไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของสาธารณชนอีกต่อไป[70] อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ก็จะกระทำการโดยอำเภอใจมิได้ โดยการใช้อำนาจดังกล่าวต้องมีขอบเขตหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจ ซึ่งข้อจำกัดของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวมีดังนี้[71]

1.2.1) ในการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะแก้ไขข้อสัญญาที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การดำเนินการบริการสาธารณะ (ที่ได้มอบหมายโดยสัญญาให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ) ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองได้กำหนดเอาไว้แล้วไม่ได้

1.2.2) ฝ่ายปกครองไม่อาจจะแก้ไขสัญญาถึงขั้นที่จะทำในสถานะ (nature) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป เช่น หากปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป

---

[69] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 171.

[70] *เพิ่งอ้าง*, น. 171.

[71] *เพิ่งอ้าง*, น. 172.

ทำให้จำต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบในการดำเนินบริการสาธารณะหนึ่ง ๆ รัฐจำเป็นจะต้องเข้าดำเนินการบริการนั้นเองแทนที่รูปแบบการดำเนินการโดยการให้สัมปทาน ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการดำเนินการได้ก็แต่โดยการซื้อสัมปทานนั้นคืนเท่านั้น แต่จะบังคับคู่สัญญาโดยวิธีการแก้ไขข้อสัญญาไม่ได้ (C.E., 18 กรกฎาคม 1930, Compagnie de chemin de fer P.L.M. et autre, Rec. 753)

ฝ่ายปกครองสามารถที่จะบังคับให้คู่สัญญาขยายบริการออกไป แต่ฝ่ายปกครองไม่อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาดำเนินบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากบริการสาธารณะดั้งเดิมที่เคยทำกันไว้ถึงขนาดนับว่าเป็นบริการสาธารณะอีกอย่างหนึ่ง หรือเป็นบริการสาธารณะที่อยู่นอกขอบเขตความสามารถของคู่สัญญา ข้อจำกัดในลักษณะนี้ทำให้มีปัญหาตามมา เพราะหลักการนี้จะไม่สอดคล้องกับภาระของฝ่ายปกครองที่จะต้องมีหน้าที่ในการปรับเปลี่ยนให้บริการสาธารณะทันสมัยอยู่เสมอด้วยวิธีการใหม่ ๆ เข้ามาดำเนินการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการใหม่ ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐได้มีแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวสองแนว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละคดี

กรณีแรก เป็นแนวทางแก้ไขปัญหาโดยสภาแห่งรัฐตัดสินเอาไว้ในคดี Compagnie nouvelle de gaz de Deville - Les - Rouen โดยในปี 1874 บริษัทเอกชนได้ทำสัญญากับเทศบาลเมือง Rouen เพื่อตามไฟถนนโดยมิได้ระบุว่าให้ตามไฟด้วยวิธีการใด บริษัทผู้รับสัมปทานได้ตามไฟด้วยก๊าซ ต่อมาในปี 1887 ได้มีการขยายอายุของสัญญาออกไปโดยมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาในสัญญา โดยขณะนั้นเมืองใกล้เคียงเริ่มมีการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าแล้ว ต่อมาเทศบาลเมือง Rouen เรียกร้องให้บริษัทผู้รับสัมปทานตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าแต่บริษัทปฏิเสธ เทศบาลจึงไปทำสัญญากับบริษัทอื่นให้มาตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า บริษัทผู้รับสัมปทานรายแรกจึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย เพราะทำให้เขาเสียสิทธิผูกขาดในการตามไฟถนนแต่เพียงผู้เดียวตามสัญญาไป ซึ่งศาลตัดสินว่า ฝ่ายปกครองมิได้ระบุวิธีการตามไฟในการขยายอายุสัญญาออกไป ทั้งที่ขณะนั้นเทศบาลใกล้เคียงเริ่มใช้วิธีการตามไฟด้วยไฟฟ้ากันแล้ว จึงถือว่าคู่สัญญาทั้งสองมีส่วนผิดที่ไม่ระบุเงื่อนไขให้ชัดเจนและถือว่าเจตนาของคู่สัญญาต้องการให้มีการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิตามสัญญาในการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่ขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็มีสิทธิที่จะมอบให้บุคคลอื่นเข้ามาทำการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าได้ หากคู่สัญญาเดิมปฏิเสธที่จะทำภายใต้เงื่อนไขใหม่ ทั้งนี้ เพราะถือว่าความต้องการในบริการสาธารณะเปลี่ยนแปลงไปแล้ว คดีนี้มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีทางเลือกที่จะต้อง

ปรับเปลี่ยนเทคนิคในการดำเนินการของตนให้ทันสมัยอยู่เสมอ มิฉะนั้นก็จะต้องสูญเสียสิทธิในการเป็นผู้ผูกขาดในกิจการนั้น

กรณีที่สอง เป็นแนวของสภาแห่งรัฐที่ตัดสินไว้ในปี 1932 ในคดี Compagnie des Tramways de Cherbourg ว่า แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่มีสิทธิบังคับให้คู่สัญญาที่เป็นผู้รับสัมปทานบริการขนส่งมวลชนให้เปลี่ยนวิธีการขนส่งให้ทันสมัยขึ้นได้ แต่จากการที่ไม่อาจตกลงอย่างสันติกับคู่สัญญาถึงวิธีการหรือรูปแบบในการดำเนินบริการสาธารณะได้ ฝ่ายปกครองอาจร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกสัญญาได้ แนวคำวินิจฉัยนี้ก็เช่นเดียวกับแนวทางแรกที่มีผลเป็นการบังคับโดยทางอ้อมให้คู่สัญญาจำต้องยินยอมปรับเปลี่ยนรูปแบบและวิธีการดำเนินการที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาซึ่งโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิใช้อำนาจแก้ไขสาระสำคัญส่วนนี้ได้ฝ่ายเดียว จึงดูเหมือนว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ข้อจำกัดอันนี้แทบจะไม่มีผลในทางปฏิบัติ เพราะหลักบริการสาธารณะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่เสมอมีน้ำหนักมากกว่าหลักความมั่นคงตามสัญญาของคู่สัญญานั่นเอง

นอกจากนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้นจะต้องไม่เกินขนาด (exéder certaines limites) ถ้าเกินขนาด เอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น ขอให้เอกชนชำระหนี้ใหม่อื่นที่ไม่ได้กำหนดและเกี่ยวข้องกับสัญญาเลย (C.E., 8 fév 1889, Corre, 181; 16 nov. 1928, Ravier, 1193.) หรือขอให้เพิ่มของจากที่กำหนดในสัญญาถึง 3 เท่าตัว ทั้งที่ไม่สามารถแสดงได้ว่า ความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพิ่มขึ้นขนาดนั้น (C.E., 15 nov. 1902, Olmer, Rec., p 665) ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะฝ่ายปกครองกับเอกชนทำสัญญาเพื่อวัตถุแห่งสัญญาบางอย่าง การเปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งสัญญาจนทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาใหม่ และการเปลี่ยนแปลงตามอำเภอใจ อาจไม่เป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาโดยรู้ว่าตนมีข้อจำกัดทางเทคนิคหรือการเงิน[72]

1.2.3) ข้อจำกัดประการที่สาม อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจนี้เอง ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลักภาระโดยการร้องขอต่อศาล ให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้ เช่น ในคดี Société concessionaire du garage parking Saint - Honore C/ Ville de Paris ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1974 ได้ตัดสินยืนยันว่า คำขอของผู้รับสัมปทานที่มุ่งจะให้ศาลปกครองเป็นผู้ชี้ขาดในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจสั่งให้ได้ โดยศาลพิจารณาว่า การที่บริษัท

---

[72] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 101.

ผู้รับสัมปทานผู้ฟ้องคดีขอให้เมืองปารีสต้องร่วมรับผิดชอบในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับภาษี และให้เมืองปารีสรับภาระในภาษีอย่างเท่าเทียมกับผู้ฟ้องคดีนั้น ถือเป็นคำขอให้ศาลแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานซึ่งศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้[73]

1.2.4) โดยหลักแล้วการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในสัญญามอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินบริการสาธารณะจะจำกัดอยู่เฉพาะข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็น “กฎ” (clauses réglementaires) ซึ่งได้แก่ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่สามและผู้ใช้บริการ เป็นต้น ส่วนข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางสัญญาโดยแท้ (clauses contractuelles) แล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาส่วนนี้ได้ฝ่ายเดียวโดยปราศจากความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อกำหนดดังกล่าว ได้แก่ ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิทางการเงินและผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั่นเอง แต่ในทางปฏิบัติจะแยกข้อกำหนดทั้งสองลักษณะได้ค่อนข้างยาก และในทางทฤษฎีก็ยังมีปัญหาในการหาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ยังไม่ลงตัว

1.2.5) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา โดยหลัก สัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้หลักคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือ “intuitus personae” ซึ่งทำให้การแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะทำไม่ได้ อย่างไรก็ดี การใช้หลักนี้จะมีความเข้มงวดแตกต่างกันไปแล้วแต่ประเภทของสัญญา เช่น ในสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเอกชนจะทำไม่ได้ เว้นแต่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดอนุญาตเอาไว้เท่านั้น ส่วนในสัญญาจัดซื้อพัสดุต่าง ๆ การนำหลักนี้มาใช้จะมีความเข้มงวดน้อยลง เพราะจุดมุ่งหมายสุดท้ายของสัญญาคือการส่งมอบทรัพย์สินที่มิได้ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติหรือความสามารถของคู่สัญญาเช่นเดียวกับในสัญญาสองประเภทแรก

2) อำนาจในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา แต่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเกิดขึ้น และฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะยกเลิกสัญญา อันเป็นลักษณะของหลัก clausula rebus sic stantibus

---

[73] Modifications des stipulations d'un contrat de concession, CE, 3 mai 1974, Société concessionaire du garage-parking Saint-honore, n°82319.

ในประเทศฝรั่งเศส อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยคู่สัญญาเอกชนมิได้ผิดสัญญาเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในทางวิชาการและโดยแนวบรรทัดฐานของศาล ดังนั้น อำนาจนี้จึงมีอยู่แม้จะไม่มีการกำหนดเอาไว้ในสัญญาก็ตาม เมื่อปรากฏว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจยกเลิกสัญญาได้ ดังเช่น สภาแห่งรัฐเคยตัดสินว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาสัมปทานเพื่อประโยชน์สาธารณะ (C.E., 14 december 1964, Commune de Mions, Rec. 937) ทั้งนี้ โดยศาลปกครองจะมีอำนาจในการควบคุมอีกชั้นหนึ่งว่าเหตุผลที่ฝ่ายปกครองอ้างนั้นเป็นเหตุผลที่แท้จริงหรือไม่ (note A.de LAUBADERE, C.E., Ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac - Laval, D. 1958, J., p. 730)[74]

อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายเอกชนไม่มีความผิด แท้จริงแล้วก็เป็นมิติหนึ่งของอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง เพราะกรณีการยกเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขสัญญาในส่วนของระยะเวลาของสัญญานั่นเอง ดังนั้น ฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ก็เป็นฐานเดียวกับที่ใช้พิจารณาอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ จะต้องมีเหตุการณ์ที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะ หรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ดังนั้น การยกเลิกสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น (เช่น C.E., 23 janvier 1952, Secrétaire d'Etat aux Forces armées c/ Chambouvet, Rec. 50)[75]

นอกจากนี้ อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีเอกชนไม่ผิดสัญญา ยังมีประเด็นปัญหาว่ามีแค่ไหนเพียงไร หากศาลพบว่าคำสั่งยกเลิกสัญญาเป็นไปโดยไม่ชอบเพราะไม่มีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลจะมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองได้หรือไม่ แม้ว่าโดยเหตุผลของเรื่อง ศาลน่าจะมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งไม่ชอบได้ แต่แนวบรรทัดฐานของศาลที่ผ่านมา การยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองนั้น แม้ศาลจะพบว่าคำสั่งยกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลจะไม่เข้าไปเพิกถอนคำสั่งยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยตัดสินตลอดมาว่า หากคำสั่งยกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเอกชนไม่ผิดสัญญา

---

[74] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 180.

[75] *เพิ่งอ้าง*, น. 181.

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลไม่อาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ แต่เอกชนมีสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเท่านั้น[76] จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ให้อำนาจหรือเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองค่อนข้างมาก เอกชนคู่สัญญาจะมีสิทธิเพียงขอค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น แม้ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติผิดสัญญา แก้ไขหรือบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

โดยมีตัวอย่างที่ศาลเห็นว่า การยกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การยกเลิกสัญญาจัดซื้ออาวุธสงคราม เมื่อปรากฏว่าการสงครามได้สิ้นสุดลงแล้ว ซึ่งในฝรั่งเศสได้มีการยกเลิกสัญญาจัดซื้ออาวุธสงครามภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นจำนวนมาก (เช่น C.E., 9 janvier 1925, Chantiers de Saint - Nazaire, Rec. 28 ; 8 juillet 1925, chantier de la Loire, Rec. 656 ; 6 juin 1930, chantiers du Midi, Rec. 610) การยกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างถาวรวัตถุสาธารณะที่มุ่งเพื่อปรับปรุงการส่งน้ำด้วยเหตุว่า ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้เข้าร่วมโครงการปรับปรุงการส่งน้ำทั้งระบบ ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวจึงกลายเป็นสิ่งไม่มีประโยชน์ (C.E., 6 mai 1995, Sté Chabal et Cie c/ Commune de l' Isle - sur - Sorgues, Rec. 244) การยกเลิกสัญญาจ้างบุคลากรของฝ่ายปกครองเมื่อได้มีการยกเลิกงานดังกล่าวไปแล้ว (เช่น C.E., 29 november 1963, Dame Baffarot c/ Hôpital - hospice d' Aligré, J.C.D. 1964, II, 13599 note MT.) หรือในกรณีการซื้อคืนสัมปทานเมื่อรัฐต้องการนำบริการสาธารณะดังกล่าวมาดำเนินการเอง หรือในกรณีที่บริการสาธารณะที่มีอยู่เปลี่ยนแปลงไป หรือนโยบายในเรื่องนั้น ๆ ได้เปลี่ยนแปลงไป ก็เป็นเหตุที่ฝ่ายปกครองอาจยกเลิกสัญญาที่ทำไว้ก่อนซึ่งไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ได้ (C.E., 4 decembre 1968, Sage, Rec. 624, 24 mai 1962, Min. des Finances c/ Ste financière d' exploitations industrielles, Rec. 342)[77]

ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการทำสัญญา ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเดิมไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงหรือเป็นอันไร้ประโยชน์ จึงจำเป็นต้องมีการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเป็นผู้คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยอำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยอีกฝ่ายไม่มีความผิดนี้เป็นอำนาจที่ค่อนข้างเด็ดขาด เนื่องจากอำนาจการควบคุมของศาลปกครองในกรณีนี้ จะพิจารณาเพียงว่าการยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่เท่านั้น

---

[76] *เพิ่งอ้าง*, น. 182.

[77] *เพิ่งอ้าง*, น. 181.

แต่จะไม่เข้าไปตรวจสอบถึง “คุณค่าของเหตุผลนั้น” (appréciation de la valeur du motif) กล่าวคือศาลจะตรวจสอบเพียงว่าในการยกเลิกสัญญานั้น ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจบนพื้นฐานของเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยไม่พิจารณาถึงขั้นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะจริงหรือไม่[78]

3.2.3.2 ทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ (Théorie de l’imprévision)

เป็นกรณีที่เกิดพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐหลังจากที่ได้ทำสัญญาแล้วที่คู่สัญญาคาดไม่ถึงและไม่มีมาตรการรองรับในสัญญาอย่างพอเพียงทำให้ดุลทางการเงินของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปถึงขนาดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะหยุดปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ แต่มีสิทธิที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น สภาแห่งรัฐมักจะบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหากเห็นว่าบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำอยู่นั้นมีความจำเป็นต่อประชาชน การชดเชยนี้อาจกระทำในรูปของการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขึ้นค่าธรรมเนียมบริการสาธารณะก็ได้[79] ซึ่งจะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปและมีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งทฤษฎีนี้ยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ในเรื่องของเงินค่าชดเชยหรือการอนุญาตให้ขึ้นค่าธรรมเนียมได้ซึ่งก็เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเช่นกัน ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่มีจุดเด่นเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งนั้น ถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัยแล้วแม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้ยากเข็ญเพียงใดและเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนย่อยยับแล้ว คู่สัญญาก็ยังคงต้องทำตามสัญญาอยู่นั่นเอง แต่ในสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองไม่ได้ยอมรับหลักการนี้เพราะเห็นว่าถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดหมายและไม่ใช่ความผิดใครแล้วบริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ค่าทดแทนเพื่อให้ดุลยภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมา อันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง[80]

---

[78] *เพิ่งอ้าง*, น. 182.

[79] ไชยวัฒน์ บุนนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : Which Way To Go ?,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 35, ฉบับที่ 2 ,น. 275 (มิถุนายน 2549).

[80] ชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น. 56-57.

เงื่อนไขที่จะก่อให้เกิดการใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้ก็คือ[81]

1) คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุที่เกิดขึ้นอันกระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรง และเหตุนั้นเป็นเหตุไม่ปกติ (Situation imprévisible et anormale) เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติการณ์เศรษฐกิจร้ายแรง หรือแม้การกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่การเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (aleas ordinaire) เพราะเก็งผิด คาดหมายผิด ไม่ได้กำไร ไม่ใช่เหตุที่จะใช้ทฤษฎีนี้

นอกจากนี้ ทฤษฎีนี้ใช้กับกรณีที่ฝ่ายปกครองหน่วยอื่นซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาเป็นผู้ก่อภาระพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ในสัญญากับเทศบาลนั้นปรากฏว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจทำให้ภาระเพิ่มขึ้นโดยออกกฎหมายหรือคำสั่งเฉพาะเรื่อง เป็นต้น[82]

2) เหตุที่เกิดขึ้นต้องเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาคู่กรณีแห่งสัญญา และซึ่งคู่สัญญาไม่อาจป้องปัดขัดขวางได้

3) เหตุที่เกิดขึ้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา (bouleversement dans les conditions d' exécution du contrat) กล่าวคือ ความร้ายแรงของเหตุการณ์ที่กระทบสัญญาต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาเอกชนขาดทุนย่อยยับ และนานเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ ตรงนี้เองที่ศาลปกครองจะกำหนดอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุน (prix limite) เอาไว้ให้เป็นภาระของคู่สัญญาเอกชน ส่วนที่เกินความเสี่ยงที่คนธรรมดาคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายปกครองต้องจ่าย

อย่างไรก็ตาม กรณีเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เอกชนคู่สัญญาก็ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แม้การปฏิบัติตามสัญญาจะเป็นไปได้ยากที่สุดก็ตาม คู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิม เพราะทฤษฎีนี้เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่คู่สัญญาเอกชนมีสิทธิได้ค่าทดแทนเป็นตัวเงินโดยศาลปกครองจะไม่พิพากษาให้ฝ่ายปกครองชำระค่าทดแทนเลยทันที แต่จะพยายามให้คู่กรณีทำสัญญากันใหม่เองก่อน ถ้าคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ ศาลจึงจะกำหนดค่าทดแทนให้ โดยทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเพื่อบำบัดเหตุร้ายแรงที่เป็นการชั่วคราว (temporaire) ถ้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับเป็นเหตุถาวร (permanent) นับแต่วันแรกที่เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวร ฝ่ายปกครองไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนอีกต่อไป คู่สัญญาจำต้อง

---

[81] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 106-107.

[82] *เพิ่งอ้าง*, น. 105.

เลิกสัญญาโดยปริยายโดยถือเสมือนว่าสัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย ตัวอย่างการใช้ทฤษฎีก็คือ คดีบริษัทไฟฟ้าเมืองบอร์ซโดซ์ ซึ่งจากการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ทำให้ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าเพิ่มขึ้นจากปี 1915 จากราคา 35 ฟรังค์ เป็นราคา 117 ฟรังค์ ในปี 1916 และสภาแห่งรัฐได้พิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทน เพราะเงื่อนไขเหตุที่มิอาจคาดหมายได้ครบถ้วน[83] ตามรายละเอียดคดีซึ่งกล่าวไว้แล้ว

ส่วนกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับเป็นเหตุถาวรนั้น มีตัวอย่างคดี คือ

ในคดีบริษัทรถรางเมืองแซร์บูรก์ (Compagnie des tramways de Cherbourg) ซึ่งเทศบาลเมืองนั้นให้สัมปทานการเดินรถแก่บริษัทดังกล่าว และบริษัทนั้นเคยได้กำไรมาและมาขาดทุนอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี 1916 เรื่อยมาจนถึง 1922 โดยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เทศบาลอนุมัติให้บริษัทขึ้นค่ารถราง 8 ครั้ง ครั้งสุดท้าย เทศบาลยอมอนุญาตให้บริษัทขึ้นราคาค่าโดยสารได้ตามที่เห็นสมควร แม้จะขึ้นราคาเท่าใด ๆ ก็ยังขาดทุนอยู่ดี บริษัทจึงมาขอค่าทดแทน ศาลปกครองพิพากษาว่า “เมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาขาดทุนอย่างรุนแรง เทศบาลผู้ให้สัมปทานต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตาม เหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ ต้องมีลักษณะชั่วคราว และหากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจใหม่ทำให้เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวรไป...ผู้ให้สัมปทานไม่อาจนำภาษีอากรของประชาชนมาชำระค่าทดแทนได้...เพราะการดำเนินกิจการดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้เสียแล้ว...และกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาขอให้ศาลเลิกสัญญาสัมปทานได้”[84]

3.2.3.3 **ทฤษฎีการรับภาระซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญา** (La théorie des sujétions imprévues)[85]

ทฤษฎีการรับภาระซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญาเป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ ซึ่งปรากฏขึ้นทั้งในคำพิพากษาศาลแพ่งและคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ สำหรับศาลแพ่งยอมรับการมีอยู่ของทฤษฎีดังกล่าวในกรณีที่มีความผิดพลาดในสาระสำคัญอันเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในขณะที่มีการทำสัญญา

---

[83] *เพิ่งอ้าง*, น. 107.

[84] *เพิ่งอ้าง*, น. 108.

[85] Christophe GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2e édition, (PUF, 2008), pp. 419-422.

ในทางกฎหมายปกครองก็ยอมรับการใช้ทฤษฎีดังกล่าวเช่นเดียวกัน ซึ่งสังเกตได้จากคำพิพากษาของศาลปกครอง ทฤษฎีนี้เปิดช่องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้เต็มจำนวน (une indemnisation intégrale) กรณีที่ประสบปัญหาขึ้นในระหว่างที่มีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งปัญหาดังกล่าวโดยปกติธรรมดาย่อมไม่เกิดขึ้น และเมื่อเกิดขึ้นแล้วคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายที่เพิ่มเติมในงานดังกล่าวโดยที่ไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ขณะที่ทำสัญญา (au moment de la conclusion du contrat)

ข้อยุ่งยากในการปฏิบัติเกี่ยวกับเนื้อหาของการปฏิบัติงาน เช่น พื้นที่ดินบริเวณเขตก่อสร้างแข็งมากเป็นพิเศษ หรือพบแนวหินแข็ง[86] ปัญหาความอ่อนของดิน หรือมีแอ่งน้ำขนาดใหญ่ใต้ดินในพื้นที่งานก่อสร้าง[87] ปัญหาเกี่ยวกับสภาวะอากาศ[88] หรือข้อยุ่งยากอันเนื่องมาจากเหตุภายนอกซึ่งไม่ได้เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายใด ในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ซึ่งอาจมีข้อยุ่งยากในการปฏิบัติเกี่ยวกับเนื้อหาของการปฏิบัติงาน (des difficultes materielles) เกิดขึ้นซึ่งมีลักษณะที่ไม่ปกติอย่างมาก (absolutement anormal) โดยคู่กรณีไม่อาจคาดถึงได้ในขณะเข้าทำสัญญา กรณีความยุ่งยากที่เกิดขึ้นนี้มีผลให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระเพิ่มมากขึ้น เอกชนคู่สัญญาย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนเพื่อการนี้ได้ แต่หากความยุ่งยากนั้นเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้ก็ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายได้[89] โดยผู้มีส่วนได้เสียจำต้องพิสูจน์ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอาจคาดหมายได้หรือไม่ ซึ่งศาลก็จะพิจารณาว่า ในขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญาได้พิจารณาหรือคาดการณ์ถึงเหตุการณ์หรือความยุ่งยากที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่[90] และพิจารณาถึงทัศนะคติ ความซื่อตรง และความซื่อสัตย์ของฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติต่อคู่สัญญาก่อนที่จะเข้าทำสัญญา รวมถึงต้องให้ข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครองต่อคู่สัญญาของฝ่ายปกครองด้วย

---

[86] CE,12 mai 1982,Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône

[87] CE, 13 décembre 1961, Société natioale de construction

[88] CE, 13 mai 1987, Société Citra-France

[89] CE, 2 juillet 1982, Société routière Colas

[90] CE, 29 mars 1985, Société français de travaux publics Fougerolle

กรณีนี้โดยหลักแล้วใช้เฉพาะกับสัญญาก่อสร้างเท่านั้น และเอกชนคู่สัญญาสามารถเรียกร้องค่าทดแทนได้เต็มจำนวน[91]

3.2.4 **ผลทางกฎหมายของหลัก** clausula rebus sic stantibus

ในการดำเนินงานมหาชนเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์สาธารณะนั้น แม้ว่าประโยชน์มหาชนจะมีค่าเหนือกว่าประโยชน์เอกชน ซึ่งประโยชน์เอกชนจำต้องหลบเลี่ยงให้แก่ประโยชน์มหาชนก็พึงสละเพียงเท่าที่จำเป็น และเอกชนผู้ต้องสละประโยชน์เพื่อส่วนรวมนั้นก็พึงได้รับการชดเชยความเสียหาย เมื่อต้องยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์ส่วนรวม รัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการให้เอกชนผู้เสียหายได้รับค่าชดเชย การเอาประโยชน์มหาชนไปลบล้างประโยชน์ของเอกชนโดยไม่พิเคราะห์ถึงความจำเป็นและการชดเชยค่าเสียหายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรม[92] ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา เนื่องจากมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องเสียหาย เอกชนคู่สัญญาจึงต้องได้รับการเยียวยาจากการที่ตนต้องเสียประโยชน์ส่วนตนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม ส่วนกรณีเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้นั้นเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอันทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความยากลำบากหรือเป็นอันไร้ประโยชน์ การให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระเพียงฝ่ายเดียวย่อมขัดต่อหลักสุจริตและหลักความเป็นธรรม ซึ่งเหตุผลดังกล่าวก็ยังมิได้มีความสำคัญหรือมีน้ำหนักมากไปกว่าการยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส แต่เหตุผลที่หนักแน่นและมีความสำคัญที่สุดที่ทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับการเปลี่ยนแปลงไปของสัญญาได้ก็คือข้อความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะนั่นเอง

ผลของการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวในกรณีของการใช้อำนาจแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว กรณีเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

---

[91] พนม เอี่ยมประยูร, “ผลของสัญญาทางปกครอง,” นิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง-สัญญาทางปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 11.

[92] สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 35.

และกรณีการรับภาระซึ่งมิได้ระบุในสัญญาของระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ การจ่ายค่าทดแทนให้แก่เอกชนคู่สัญญา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.4.1 การกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

เมื่อฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากการนั้น สภาแห่งรัฐจึงวางหลักว่าฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทน (indemnité) ในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น[93]

หลักการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในกรณีนี้ เป็นส่วนหนึ่งของผลทางกฎหมายของทฤษฎีการกระทำของฝ่ายปกครอง (fait du prince)[94] ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะเต็มจำนวน และการชดใช้เต็มจำนวนความเสียหายที่คู่สัญญาได้รับนี้มุ่งเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความคุ้มครองเต็มที่จากความไม่แน่นอนของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง

---

[93] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, หน้า 104

[94] ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince-แปลตรงตัวว่า “การกระทำของเจ้าชาย”) เป็นหลักกฎหมายที่สภาแห่งรัฐวางไว้เป็นบรรทัดฐาน สรุปได้ว่า หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญาเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครอง (เจ้าชาย) ผู้เป็นคู่สัญญาเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยการใช้เอกสิทธิ์ของตน ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปกครอง (le prince) ต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวน (indemnités intégrales) เท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา ซึ่งในเรื่องนี้บางท่านเห็นว่าอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว เป็นคนละเรื่องกับทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเห็นว่าทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง และคำสั่งเฉพาะเรื่องนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาถูกกระทบกระเทือนเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นโดยตรง เช่น สัญญาให้สัมปทานทำเหมืองแร่แก่เอกชน พอเอกชนขนเครื่องมือจะเข้าไปสำรวจแร่ รัฐคู่สัญญาห้ามไม่ให้เข้าในเขตสัมปทาน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น ซึ่งเห็นว่า กรณีนี้ไม่ใช่เรื่องการใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญา แต่เป็นการใช้อำนาจห้ามเข้าตามกฎหมายอื่น เช่นนี้ ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยใช้ทฤษฎีนี้ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, หน้า 104-105. และชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, หน้า 55-56.)

มีอำนาจแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายไม่ต้องยินยอม ซึ่งถือว่าเป็น “ความผันแปรทางปกครอง” (aléa administratif) และการชดใช้เต็มจำนวนเป็นการทำให้ “ความสมดุลทางการเงินของสัญญา” (équilibre financier du contrat) กลับคืนมา โดยในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง หากผู้ฟ้องคดีไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าภาระที่ตนต้องรับเพิ่มขึ้น เป็นผลโดยตรงของการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ศาลก็ไม่อาจจะสั่งให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ (C.E., 8 mars 1941, Amat, Rec. 99)[95]

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลทั่ว ๆ ไป และมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญากระทบกระเทือนและเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าเอกชนไม่ถูกกระทบตามลำพัง เพราะเป็นผลกระทบทั่วไปทุกคน ฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่ต้องรับผิดใช้ค่าทดแทนตามหลักความเสมอภาคในสิทธิและภาระหน้าที่ (charges) ของทฤษฎีบริการสาธารณะ เว้นแต่มาตรการนั้นจะกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของที่จำเป็นต้องนำมาใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมากเช่นนี้ฝ่ายปกครองก็ต้องชดใช้ค่าทดแทน[96]

สำหรับจำนวนค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้น หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดใช้ทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans)

ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) ได้แก่ ค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายจริงที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้นอันมีผลจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (ตัวอย่าง คำวินิจฉัย โปรดดู C.E., 3 mai 1907, Min. de la Guerre, Rec. 414 ; 8 fév. 1922, Carraresi, Rec. 119 ; 28 juill 1926, Min. des travaux publics, Rec. 812) แต่ค่าใช้จ่ายหรือภาระที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว หากฝ่ายปกครองได้ขยายระยะเวลาของสัญญาเพื่อเพิ่มระยะเวลาการคืนทุนให้แก่เอกชนแล้ว จะไม่ถูกนำมาคิดคำนวณเป็นค่าเสียหาย (C.E., 27 oct. 1978, Ville de Saint - Malo, Rec. 401, D. 1979. 366, note D. Joly) นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

---

[95] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 188.

[96] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 105.

นอกจากจะหมายถึงค่าเสียหายที่เป็นรูปธรรม (prejudice matériel) แล้วยังรวมถึงค่าเสียหายทางจิตใจ (préjudice moral) ด้วย

ส่วนค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans) หมายถึง เฉพาะกำไรโดยชอบ (benefice légitime) เท่านั้น ซึ่งคือกำไรที่คู่สัญญาควรได้รับตามปกตินั่นเอง อย่างไรก็ดี แม้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายในกำไรนี้จะถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในบางกรณีศาลกลับตัดสินไว้ในแนวทางตรงกันข้าม คือ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น เช่น กรณีการใช้อำนาจยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวภายหลังสถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ไม่สงบอื่น ๆ ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งเฉพาะความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดกำไรด้วย (เช่น C.E., 23 Jan. 1952, Secr. d' Etat c/ Chambouvet, Rec. 50) นอกจากนี้ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เต็มจำนวนความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายทั้งปวงเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย ฝ่ายปกครองก็ต้องชดใช้ให้เพียงส่วนที่ตนกระทำเท่านั้น ซึ่งก็เป็นคำวินิจฉัยของศาลที่มีความเป็นเหตุเป็นผล (เช่น C.E., 28 nov. 1924, Tanti, Vaudron et Brûlebois, Rec. 940)[97]

3.2.4.2 การกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

กรณีที่ฝ่ายปกครองยกเลิกสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ โดยเหตุผลว่าเนื่องจากสัญญานั้นไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่ตอบสนองประโยชน์สาธารณะได้แล้ว ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่าการยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นถือว่าชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่คู่สัญญาเกิดความเสียหายขึ้น จึงย้อนไปสู่หลักที่ว่าแม้ฝ่ายปกครองจะยกเลิกสัญญาได้โดยประโยชน์สาธารณะ แต่เมื่อคู่สัญญาเสียหายก็ต้องมีการชดใช้เยียวยาให้ ในกรณีเช่นว่านี้จะได้รับการชดใช้ความเสียหายเต็มจำนวน[98] สำหรับการเลิกสัญญาที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญานี้ เป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่ให้เอกสิทธิ์กับฝ่ายปกครองเหนือคู่สัญญา และเมื่อข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนทำให้สัญญาเดิมไม่สามารถ

---

[97] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 189.

[98] M. Philippe MARTIN, กฎหมายปกครองและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส, ถอดเทปการบรรยายพิเศษ ณ ห้องสัมมนาสำนักงานศาลปกครอง ในระหว่างวันที่ 31 ตุลาคม - 3 พฤศจิกายน 2543, สำนักงานศาลปกครอง, 2552, น. 113.

ตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะอีกต่อไป ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายไม่จำต้องยินยอม การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองกรณีคู่สัญญาไม่มีความผิดนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ใช้ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (théorie du fait du prince) เช่นเดียวกับอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น เมื่อใช้เอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้วทำให้เขาได้รับความเสียหายฝ่ายปกครองก็ต้องชดใช้ให้และจะต้องชดใช้ให้เต็มจำนวนด้วย ซึ่งศาลปกครองยืนยันมาตลอดว่า ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ก็ต่อเมื่อได้ชดใช้ให้แก่คู่สัญญาสำหรับประโยชน์ทุกอย่างที่คู่สัญญาจะได้จากสัญญานั้นแล้วเท่านั้น (C.E., 1 août 1874, Hotchkiss et Coolidge, Rec. 825 ; C.E., sect, 15 juill. 1959, Sté des Alcools du Vexin, Rec. 451 ; R.D.P. 1960, p. 325, note M. Waline) สำหรับค่าเสียหายที่ฝ่ายปกครองต้องชดใช้นี้ก็เช่นเดียวกับค่าเสียหายในกรณีการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans)[99]

3.2.4.3 การกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้

ค่าทดแทนในกรณีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ศาลจะคำนวณค่าทดแทนให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญา และจะให้ค่าทดแทนการขาดทุนในส่วนที่เกิดจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (prix - limite) โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายปกครองต้องชดใช้และให้เอกชนคู่สัญญารับภาระขาดทุนเล็กน้อย[100] เหตุการณ์อันมิอาจคาดหมายได้ที่เกิดขึ้นระหว่างการปฏิบัติตามสัญญามีความแตกต่างจากเหตุสุดวิสัย โดยเหตุสุดวิสัย (la force majeure) นั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาของฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ จนอาจเป็นเหตุให้มีการยกเลิกสัญญาทางปกครอง (la résiliation du contrat) ที่ทำขึ้นได้ ซึ่งเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้จะมีลักษณะใกล้เคียงเหตุสุดวิสัย คือ เป็นเหตุภายนอกอยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา เป็นเหตุที่ไม่อาจคาดหมายหรือคาดการณ์ได้ล่วงหน้า แต่เหตุอันมิอาจคาดหมายได้นั้นเป็นเหตุที่เพียงทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากขึ้น มีภาระมากขึ้นเป็นอย่างมาก แต่ไม่ถึงขนาดทำให้

---

[99] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 191.

[100] บวรศักดิ์ อุวรรณโณและคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 95.

การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้หรือเป็นการพ้นวิสัย นอกจากนี้ เหตุมิอาจคาดหมายได้จะมีลักษณะเพียงชั่วคราวเท่านั้น หากเหตุนั้นกลายเป็นเหตุที่มีลักษณะถาวรเมื่อไร การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเพราะเหตุมิอาจคาดหมายได้จะยุติลงและเป็นเหตุที่คู่สัญญาอาจตกลงแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ หรือหากตกลงกันไม่ได้อาจร้องขอต่อศาลให้สั่งยกเลิกสัญญาได้ (C.E., 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg, Rec. 10500, concl. Josse ; S. 1933, 3, 9 note Laroque ; D. 1933, 3, 7 note Pelloux ; R.D.P. 1933. 177, concl. Josse, note Jéze)[101] และเนื่องจากวัตถุประสงค์ของทฤษฎีนี้มุ่งเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ดังนั้น การจ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากเหตุมิอาจคาดหมายได้นี้จะต้องรีบชดใช้ให้ในขณะที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นอย่างรวดเร็วเพื่อช่วยให้คู่สัญญาสามารถดำเนินบริการสาธารณะให้ต่อเนื่อง เพราะหากสัญญาสิ้นสุดลงแล้ว การจ่ายค่าชดเชยในลักษณะนี้ก็จะไม่มีประโยชน์เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะอีกต่อไป โดยในการคำนวณความเสียหายในกรณีนี้ค่อนข้างยุ่งยาก ศาลปกครองมักจะต้องพึ่งพาผู้เชี่ยวชาญเข้ามาช่วยคำนวณเสมอ ซึ่งในการคำนวณจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้[102]

<u>ประการแรก</u> การกำหนดจุดเริ่มต้นของเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ คือ พิจารณาว่านับตั้งแต่เมื่อไรที่เหตุการณ์ผิดปกติเกิดขึ้นอันมีผลให้ภาระของคู่สัญญามีมากกว่าความเสี่ยงในการลงทุนทางการค้าตามปกติ ซึ่งจะเรียกว่า “ภาระช่วงนอกเหนือสัญญา” (période extracontractuelle) หรือ “จุดเริ่มต้นของความไม่อาจคาดหมายได้” (Seuil de l’imprévision) <u>ประการที่สอง</u> เมื่อได้จุดเริ่มต้นแล้วจึงคำนวณจำนวนค่าเสียหายหรือภาระทั้งหมดที่เกิดขึ้นในช่วงนั้น <u>ประการที่สาม</u> พิจารณาว่าฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับผิดชอบแบ่งส่วนกันคนละเท่าไหร่ ซึ่งโดยปกติศาลจะให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเป็นส่วนใหญ่ และให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับผิดชอบเป็นส่วนน้อย โดยทั่วไปจะให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบประมาณ 90% ของภาระที่เกิดขึ้นจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ (เช่น C.E., 9 mai 1962, Ville de Bastia, Rec. 307) บางครั้งก็จะให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเพียง 80% (เช่น C.E., 8 nov. 1935, Ville de Lagny, Rec. 1026) แต่บางครั้งก็ให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบถึง 95% (เช่น C.E., 11 juin. 1943, Min. Marine, Rec. 148) การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในกรณีต่าง ๆ ของสัญญาทางปกครองบางครั้งก็จะนำหลักของกฎหมายแพ่งมาใช้ แต่ถ้าเมื่อไรที่ความเสียหายนั้นมีส่วน

---

[101] บุบผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 193.

[102] *เพิ่งอ้าง*, น. 194.

เกี่ยวข้องกับการดำเนินบริการสาธารณะ ศาลปกครองก็จะวางหลักในเรื่องของค่าเสียหายหรือค่าทดแทนแตกต่างเป็นพิเศษกว่าในกรณีของกฎหมายแพ่ง เพื่อให้หลักในเรื่องนี้สนับสนุนให้การดำเนินบริการสาธารณะเป็นไปโดยไม่ติดขัด ขณะเดียวกันก็เพื่อชดเชยให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยนั่นเอง

3.2.4.4 การกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการรับภาระซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญา

หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปปฏิบัติการบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดในสัญญา การกระทำดังกล่าวไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา แต่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายค่าทดแทนในรูปของค่าทดแทน (indennité) ให้กับสิ่งที่เอกชนทำนอกเหนือสัญญา หากการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเพราะต้องรับภาระทางธรรมชาติ (sujétion naturelle) เช่น การพบแนวหินแข็ง ปัญหาความอ่อนของดิน แอ่งน้ำใหญ่ใต้ดิน เป็นต้น ซึ่งอาจเป็นภาระที่มีการระบุไว้ในสัญญา กรณีนี้การชดใช้ค่าทดแทนเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา หรืออาจเป็นภาระที่มิได้ระบุไว้ในสัญญาโดยเป็นภาระที่ไม่อาจคาดเห็นได้ (sujétion imprévue) การชดใช้ค่าทดแทนในกรณีนี้ เอกชนมีสิทธิได้รับค่าทดแทนเต็มจำนวนค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายเพิ่มขึ้น (C.E. 22 déc 1976, Depussé, Rec 575)[103] โดยปัญหายุ่งยากที่เกิดขึ้นทำให้เอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนจากฝ่ายปกครองได้เต็มจำนวน แม้ว่าในสัญญาจะมีข้อสัญญาที่กำหนดถึงการชดใช้ค่าทดแทนในกรณีดังกล่าวไว้หรือไม่ก็ตาม

ซึ่งค่าทดแทนในกรณีนี้ ประกอบด้วย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานก่อสร้างที่ผู้ประกอบการต้องรับภาระเพิ่มขึ้นเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ในสัญญา รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเคลื่อนย้ายบุคคล หรือเครื่องมืออุปกรณ์การก่อสร้างต่างๆ กรณีที่ต้องขยายระยะเวลาการก่อสร้างออกไปโดยไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า[104] การชำระเงินทดแทนอาจไม่เต็มจำนวนหากเป็นความผิดของคู่สัญญาซึ่งเพิกเฉยไม่ให้ข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอเมื่อมีการเตรียมงานก่อสร้าง[105]

---

[103] *เพิ่งอ้าง*, น. 183.

[104] CE, 17 février 1992, Société générale d'entreprises Sainrapt et Brice

[105] CE, 13 octobre 1978, Département de la Vendée

หลักการชดใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีการรับภาระติดพันซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญาและทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ (l' imprévision) นั้น แตกต่างกัน เนื่องจากการชดใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้นั้น ฝ่ายปกครองและคู่สัญญาของฝ่ายปกครองต้องแบ่งส่วนความรับผิดกัน คู่สัญญาของฝ่ายปกครองจึงอาจได้รับค่าทดแทนเพียงบางส่วนเท่านั้น[106]

[106] CAA Marseille, 8 janvier 2007, SA Nicoletti