

บทที่ 4

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

ภารกิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทยก็เช่นเดียวกับภารกิจของฝ่ายปกครองในประเทศอื่น ๆ ซึ่งปัจจุบันได้มีความหลากหลายมากขึ้น การกระทำของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจจำกัดเฉพาะการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวตามอำนาจที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตามกฎหมายเท่านั้น การที่รัฐมีภารกิจในการบริการสาธารณะเพิ่มขึ้นมากมาย การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามหน้าที่ของตนได้นั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องปรับรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะให้มีความหลากหลายมากขึ้น ซึ่งการก่อกวนสัมพันธ์กับเอกชนในลักษณะของการทำสัญญาเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะนั้น เป็นรูปแบบหนึ่งในการแบ่งเบาภาระบางประการของรัฐให้แก่เอกชน ซึ่งฝ่ายปกครองของไทยก็ได้อาศัยรูปแบบของการทำสัญญาเป็นเครื่องมือนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ตามหน้าที่ของตนอยู่เป็นจำนวนมากในปัจจุบัน และมีแนวโน้มที่จะมากยิ่งขึ้นต่อไปในอนาคต อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเองยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาโดยคู่สัญญามีได้คาดหมายไว้ รวมถึงการยอมรับในเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

4.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่ปรากฏในแต่ละประเทศไม่ได้มีความเป็นเอกภาพหรือเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ แม้ประเทศต่าง ๆ จะมีข้อความคิดว่าด้วย “สัญญาทางปกครอง” เหมือนกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าเนื้อหาหรือโครงสร้างภายในของข้อความคิดดังกล่าวในแต่ละประเทศนั้นจะต้องเหมือนกันไปด้วย ซึ่งเราได้ศึกษาถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งมีทั้งความเหมือนและความแตกต่างกันไปแล้ว ดังนั้น ในการศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองของไทยในบทนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองของไทย เพื่อให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของลักษณะของสัญญาทางปกครองไทยกับสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ และศึกษาถึงการนำ

แนวความคิดในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองในกรณีที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ภายหลังจากทำสัญญาและการยอมรับสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

4.1.1 วิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง

แนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองหรือสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในประเทศไทยนั้น เริ่มมีมาตั้งแต่ในยุคที่ประเทศไทยยังปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งประเทศไทยมีการพัฒนาวิทยาการในหลาย ๆ ด้าน ได้มีการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการขุดคลอง การสร้างทางรถไฟ หรือถนน เป็นต้น รูปแบบหนึ่งที่รัฐในสมัยนั้นใช้เพื่อการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันหลากหลาย ก็คือ การมอบหมายในรูปของการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยรัฐให้ผลประโยชน์ตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่ถูกจัดสร้างขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งค่อนข้างยาวนาน นอกจากนี้ ผู้ได้รับพระบรมราชานุญาตยังอาจได้รับผลประโยชน์อย่างอื่น เช่น ได้รับสิทธิการจับจองเป็นเจ้าของที่ดินตลอดริมฝั่งคลองที่ขุดทั้งสองฝากเป็นระยะ 80 เส้น เป็นต้น¹ โดยได้มีแนวความคิดที่แยกสัญญาของฝ่ายปกครองไทยออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ 2 ประเภทขึ้น กล่าวคือ สัญญาไปรเวท (private contract) ประเภทหนึ่ง และสัญญาพับลิก (public contract) อีกประเภทหนึ่ง โดยสัญญาไปรเวทเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของต่าง ๆ จำงคน ช้าง ม้า เชาที่ เชาเรือ เชาตึก เชาโรงเรียน เชาแพที่มีเจ้าของ ซึ่งลักษณะของกิจการเป็นธุรกิจของเอกชน ขณะที่สัญญาพับลิกที่เรียกอีกอย่างว่าสัญญาของแผ่นดินหรือสัญญามหาชนเป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ ขุดไร่ ทำข้าวสาร์ ตีบุก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาชีอากร ทำสวนไร่นาที่ไม่มีเจ้าของอื่นที่เป็นของแผ่นดิน และการให้เอกชนเข้าดำเนินงานบางประเภทที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค

¹ บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545) ,น. 85.

และสาธารณูปการ เช่น การสร้างทางรถไฟ การขุดคลอง เป็นต้น² โดยเมื่อปี พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานสัมปทานในการสร้างทางรถไฟสายแรก ระหว่างกรุงเทพมหานครถึงสมุทรปราการให้แก่บริษัทเดนมาร์ก และต่อมาได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตขุดคลองโดยทำสัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์กับนายโยวาгим แครซี และนายยมที่เข้าหุ้นส่วนเป็นคอมปนีขุดคลอง³ ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องนำแผนที่แบบแผนคลองที่จะขุด กำหนดเวลาที่จะลงมือขุด มายื่นต่อผู้อนุญาตเพื่อขอความเห็นชอบก่อนด้วยทุกครั้งก่อนลงมือขุด และมีอำนาจในการแก้ไขความคิดของผู้รับอนุญาตได้ และในข้อสัญญาย่อมมีกำหนดว่า ผู้อนุญาตยอมให้ผู้รับอนุญาตมีโอกาสที่จะเป็นผู้รับจ้างก่อนผู้อื่นในที่ดินแปลงที่ขุด ซึ่งเป็นการแสดงลักษณะของการผูกขาด นอกจากนี้ ในข้อสัญญายังกำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการยกเลิกการให้อำนาจ โดยกำหนดว่า ถ้ามีผู้ใดผู้หนึ่งมาขออนุญาตขุดคลองแลเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่แผ่นดิน ควรยอมให้ขุด แต่ต้องถามผู้รับอนุญาตก่อนว่าผู้รับอนุญาตจะขุดหรือไม่ ถ้าผู้รับอนุญาตไม่ขุดจึงจะยอมให้ผู้ขออนุญาตใหม่ขุดได้ แต่ผู้รับอนุญาตรายใหม่ต้องขุดภายในกำหนดเวลา ถ้าพ้นกำหนดเวลาแล้วไม่ขุด หรือขุดแล้วแต่คลองค้ำไม่เสร็จตามกำหนดเวลาที่ผู้ขออนุญาตเดิมขอไว้ ผู้ให้อำนาจจะคืนอำนาจเสียไม่ให้ผู้รับอนุญาตขุดคลองต่อไป แล้วให้ผู้รับอนุญาตเดิมดำเนินการต่อไป⁴ ซึ่งจากวัตถุประสงค์ของสัญญา ลักษณะของสัญญา และข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาแสดงให้เห็นว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาทางปกครองในปัจจุบัน และข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะของการให้อำนาจรัฐซึ่งเป็นผู้สัญญาในการแก้ไขสัญญาได้ และให้อำนาจในการยกเลิกสัญญาได้หากเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่แผ่นดิน

² รัชนิกุล บันเจียง, “ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 39.

³ ฤทัย หงษ์ศิริ, “การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย,” เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 7 เรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย,” คณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 4-5.

⁴ สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 109.

รูปแบบของพระบรมราชานุญาตได้พัฒนาต่อมา โดยได้มีการออกกฎหมายที่ให้อำนาจในการมอบให้เอกชนจัดดำเนินกิจการบริการสาธารณะฉบับแรก ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวงพระพุทธศักราช 2464 ซึ่งประกาศใช้ในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) โดยห้ามมิให้สร้างรถไฟราษฎรขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้มีประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขของผู้รับใบอนุญาตไว้ และรัฐบามีเอกสิทธิ์ คือมีอำนาจเข้าปกครองยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตได้ แต่จะต้องเป็นไปตามหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาต และถ้าไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบามีอำนาจยึดถือปกครองรถไฟได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งภายหลังวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี⁵ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกสัญญา กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ต่อมา ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่ได้นิยามความหมายของคำว่ากิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ รถราง ชุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบต่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีกาไว้ตามยุคตามคราว กฎหมายฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน โดยการห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทย รวมทั้งกิจการประกันภัย ธนาคารออมสิน เครดิตฟองซิเอร์หรือกิจการอื่นอันมีลักษณะคล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานเสียก่อน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2473 ได้มีการตราพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เอกชนที่มีความประสงค์จะสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงจะต้องได้รับสัมปทานจากรัฐบาลเสียก่อน ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในปี พ.ศ. 2475 การให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำกิจการที่มีลักษณะเป็นการสาธารณูปโภคยังคงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติ

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 111.

ควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่ว ๆ ไป ในภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 จำนวน 2 ครั้ง ซึ่งต่อมาได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ออกมายกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมอีก 2 ฉบับ โดยกำหนดให้กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปาและชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และกิจการอื่นที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา รัฐเป็นเจ้าของ เอกชนที่มีความประสงค์จะประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรี แต่การอนุญาตและการให้สัมปทานโดยรัฐมนตรีตามกฎหมายดังกล่าวไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นไปโดยง่าย⁶

ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาของภาครัฐและเอกชนในกรณีเป็นโครงการใหญ่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ส่วนโครงการที่มีมูลค่าน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็จะดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุ แต่ระเบียบดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับแก่ราชการส่วนท้องถิ่นซึ่งมีระเบียบของตนเองแยกต่างหาก เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และไม่ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ซึ่งมีระเบียบของตนเองโดยเฉพาะเช่นกัน นอกจากนี้ ยังมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ซึ่งใช้กับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองได้ถือกำเนิดในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว โดยปรากฏในลักษณะของการให้สัมปทาน การให้จัดทำบริการสาธารณะและการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และในสัญญาดังกล่าวยังได้มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้อำนาจแก่รัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่แผ่นดิน อันเป็นการแสดง

⁶ รัชนิกุล บันเจียง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 40-41.

ให้เห็นถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแฝงอยู่ในสัญญาของรัฐมาตั้งแต่ในสมัย สมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระบบศาลไทยที่ผ่านมาเป็นระบบศาลเดี่ยว คดีทุกประเภทจึงอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมมาโดยตลอด แต่ปัจจุบันมีการจัดตั้งศาลปกครอง ขึ้นในประเทศไทย ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครอง ของไทย

4.1.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

การทำสัญญาในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นสัญญาภาครัฐหรือสัญญาภาคเอกชน คู่สัญญาจะตกลงทำสัญญาผูกพันระหว่างกันโดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอันเดียวกัน คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็น หลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญาหรือการตีความสัญญา และเมื่อมีข้อพิพาทกัน เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาก็จะต้องนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่การพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาด โดยศาลคดีแพ่งเช่นเดียวกัน⁷ โดยก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประเทศไทยได้มีการจัดทำสัญญาหลายประเภทไม่ว่าจะเป็น กรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ แทนรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำ บริการสาธารณะ โดยปกติจะทำในรูปของสัญญา ซึ่งสัญญาที่เกิดขึ้นนี้ในปัจจุบันคือ สัญญา ทางปกครองนั่นเอง แต่ในอดีตนั้น เรามักจะเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาของทางราชการหรือ สัญญาของรัฐ⁸ โดยที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเรื่องสัญญาทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการ เฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยตนเองหรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชน ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ดังนั้น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็น สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน ก็มักจะได้รับการปฏิบัติ

⁷ บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 117.

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน 2550), น. 41.

เสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁹ แต่ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นและกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ การสร้างหลักกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นยิ่งในปัจจุบัน

ซึ่งในการพิจารณาลักษณะของสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญานั้น จะต้องพิจารณาจากความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำนิยามของสัญญาทางปกครองดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า ความเป็นสัญญาทางปกครองถูกกำหนดโดยเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ คือ เกณฑ์ทางด้านองค์กร และเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

สำหรับเกณฑ์ทางด้านองค์กรนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำนิยามของสัญญาทางปกครองของไทยนั้นได้รับอิทธิพลจากข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่จะแตกต่างจากระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งอาจมีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนก็ได้ ส่วนเกณฑ์ทางด้านเนื้อหานั้นกฎหมายกำหนดว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

คำนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าสัญญาทางปกครอง

⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 17, ตอน 3, น. 41 (ธันวาคม 2541).

คืออะไร หรือหมายความว่าอย่างไร แต่กฎหมายได้กำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองโดยใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงมิได้หมายความว่าเฉพาะสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น แต่สัญญาทั้งสี่ประเภทดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น ซึ่งอาจมีสัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนประเภทอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าว แต่มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองได้อีก เนื่องจากคำว่า “หมายความรวมถึง” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า สิ่งที่ทำให้หมายความรวมไปถึงนั้น ไม่ใช่สิ่ง ๆ นั้น (สัญญาทางปกครอง) โดยตรง แต่กฎหมายกำหนดให้ครอบคลุมถึง เพื่อประโยชน์ในการกำหนดธรรมชาติของสิ่งดังกล่าวให้ชัดเจนเท่านั้น ความหมายของสัญญาทางปกครองที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 จึงเป็นความหมายขอบของสัญญาทางปกครองไม่ใช่ความหมายแกนส่วนความหมายแกนของสัญญาทางปกครองนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ฝ่ายวิชาการ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะต้องพัฒนาต่อไป¹⁰ โดยหากสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาเหล่านั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้กับสัญญาดังกล่าวด้วย

และนอกจากสัญญาสี่ประเภทที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ยังมีสัญญาประเภทอื่น ๆ ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพเพราะมีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้รับการยอมรับให้เข้าสู่ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยอย่างเป็นรูปธรรม¹¹ โดยได้มีมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 วางหลักไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงาน

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำการปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 257-258.

¹¹ บุนผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 89.

ทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

หากพิจารณาจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองได้นั้น จะใช้เกณฑ์ทางด้านองค์กร คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประกอบกับเกณฑ์ในทางเนื้อหา คือ สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และนอกจากลักษณะของสัญญาทั้งสี่ประเภทดังกล่าวแล้ว สัญญาที่ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญานั้นก็ย่อมเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน

นอกจากแนวทางในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในเวลาต่อมายังได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดวางแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมออกไปอีก โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาพิพาทว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นซึ่งมีไว้เพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลด้วย¹²

¹² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546 และที่ 8/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2546 และที่ 726/2547 เป็นต้น

4.1.3 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

จากคำนิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 อาจแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองของไทยได้ ดังนี้

4.1.3.1 สัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วอาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายมีอยู่ 4 ประเภท โดยหากสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเป็นสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 ประเภทที่ได้รับการบัญญัติไว้ดังกล่าวก็ถือว่าสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

1) สัญญาสัมปทาน

ความหมายของ “สัมปทาน” ตามที่กำหนดไว้ในพจนานุกรมนั้น หมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน¹³ สำหรับความหมายของสัมปทานตามกฎหมาย ถือว่าสัมปทานเป็นกระบวนการหนึ่งของรัฐในการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชนผู้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นผู้ลงทุนและเสี่ยงภัยในการที่เข้าร่วมนั่นเอง โดยรัฐจะไม่จ่ายเงินค่าจ้างในการดำเนินการให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน แต่จะกำหนดระยะเวลาในการให้สัมปทานนั้น ๆ ซึ่งตลอดเวลากการรับสัมปทาน รัฐจะให้สิทธิเอกชนผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ เมื่อหมดเวลาตามสัญญาสัมปทานแล้วสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ ที่ใช้ในกิจการที่ได้จากการสัมปทานจะตกเป็นสิทธิแก่รัฐ¹⁴

หากพิจารณาจากระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายปกครองไทยนั้น “สัญญาสัมปทาน” ถือเป็นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่ง โดยผู้รับสัมปทานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะซึ่งเอกชนผู้รับสัมปทาน

¹³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คพับลิเคชันส์, 2546), น. 1169.

¹⁴ สุภาวินี จิตต์สุวรรณ์, “สัญญาสัมปทาน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), น. 321.

จะรับความเสี่ยงภัยเอง และได้รับค่าธรรมเนียมโดยเก็บจากผู้ใช้บริการ ส่วนสิ่งก่อสร้างรวมถึง การลงทุนต่าง ๆ นั้น เมื่อหมดสัญญาแล้วจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยสาระสำคัญของสัญญา สัมปทานคือ การลงทุนและก่อสร้างต่าง ๆ เป็นเรื่องที่ได้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการ เงินทุนที่ใช้ บริหารโครงการเกิดจากค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการ ขณะเดียวกันผู้รับสัมปทานอาจมีรายได้ ทางอื่น เช่น จากเงินที่รัฐสนับสนุนโครงการ เป็นต้น¹⁵

จากความหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ความหมายของสัมปทานตามพจนานุกรม สามารถจำแนกสัมปทานได้เป็น 2 ประเภท คือสัมปทานบริการสาธารณะ และสัมปทาน การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่หากพิจารณาจากความหมายสัญญาสัมปทาน ตามกฎหมายแล้ว สัญญาสัมปทานนั้นจะหมายเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเท่านั้น โดยผู้รับสัมปทานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดให้มีบริการสาธารณะ และได้รับค่าธรรมเนียม โดยเก็บจากผู้ให้บริการ แต่สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติเป็นการที่รัฐมอบสิทธิในการใช้ ทรัพยากรธรรมชาติให้แก่ผู้รับสัมปทานนำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวโดยผู้รับสัมปทานจะต้องจ่าย ค่าตอบแทนให้แก่รัฐ¹⁶

ในระบบกฎหมายไทยนั้น คำว่าสัญญาสัมปทาน ถูกใช้ในความหมายของ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ โดยกฎหมาย หลายฉบับกำหนดให้เอกชนที่มีความประสงค์จะดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ ในทรัพยากรธรรมชาติจะต้องได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติรังนกอีแร่น พ.ศ. 2540 เป็นต้น และปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดซึ่งวินิจฉัยในกรณีที่มีการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในหลายกรณีว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญา สัมปทาน เช่น สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่าง สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547) สัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงาน

¹⁵ ฟิลลิป ตูร์เก เดอ โบเรอการ์, “การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการ สาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง และสัมปทานบริการสาธารณะ,” วารสาร กฎหมายปกครอง, น. 21 – 28, 18 (เมษายน 2542).

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น. 93.

ทางปกครอง อนุญาตให้เอกชนเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคม พร้อมได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548 และที่ 190/2549) เป็นต้น นอกจากนี้ สัญญาที่อนุญาตให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเรียกว่าสัญญาสัมปทาน โดยพิจารณาจากชื่อของสัญญา ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทาน เช่น สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 491/2545, ที่ 130 - 141/2546, ที่ 930/2547, ที่ 374/2549) สัญญาสัมปทานจัดเก็บรังนกอีแอ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550)¹⁷ เป็นต้น

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะดำเนินการด้วยตนเองแล้ว ฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน เพื่อให้สามารถสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอและทั่วถึง

ซึ่งสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะมิได้มีกฎหมายให้ความหมายของสัญญาดังกล่าวไว้ แต่หากอธิบายจากความหมายของ “บริการสาธารณะ” ซึ่งหมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน¹⁸ ก็คงจะอธิบายได้ว่า สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำกิจการเพื่อสนองตอบตามความต้องการของส่วนรวมโดยมอบหมายให้เอกชนจัดทำกิจการดังกล่าวซึ่งเป็นหน้าที่ของตนแทนการจัดทำด้วยตนเอง¹⁹

อาจกล่าวได้ว่า สัญญาที่มีลักษณะให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดทำกิจการที่เป็นบริการ

¹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดฉบับดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาสัมปทานที่อนุญาตให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และได้วินิจฉัยต่อไปว่า แม้สัญญาพิพาทจะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่มูลเหตุที่พิพาทอันเป็นประเด็นหลักแห่งคดี เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างเหตุเพื่อปฏิเสธการชำระค่าภาษีอากร จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลภาษีอากร

¹⁸ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 108.

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 259 – 260.

สาธารณะเช่นเดียวกับสัญญาสัมปทาน แตกต่างกันแต่เพียงว่าเอกชนคู่สัญญาตามสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะจะได้ค่าบริการจัดทำบริการสาธารณะโดยได้รับค่าตอบแทนจากรัฐ ซึ่งอาจจะเป็นค่าจ้าง ส่วนในสัญญาสัมปทาน เอกชนคู่สัญญาจะได้รับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากผู้รับบริการมิใช่รัฐ ตัวอย่างของสัญญาดังกล่าวนี้ได้แก่ กรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาให้เอกชนเข้าทำการทั้งที่โดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนโดยตรงและมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาที่ให้เอกชนเดินรถรับส่งผู้โดยสาร สัญญาที่ให้เอกชนกำจัดขยะ เป็นต้น

ซึ่งคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ได้วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ประเภทสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะไว้หลายคำวินิจฉัยด้วยกัน เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอำนวยการและอาคารฝึกงานของศูนย์การศึกษานอกโรงเรียน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 45/2547) สัญญาจ้างจัดให้มีการเรียนการสอนการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์แก่นักศึกษาวิทยาลัยนาฏศิลป์ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 60/2547) สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารหอพักนิสิตของมหาวิทยาลัย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 11/2549) สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547) สัญญาจ้างให้เป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 848/2548) สัญญาอนุญาตให้ประกอบกิจการลานจอดรถยนต์และสัญญาเช่าพื้นที่ ณ ท่าอากาศยานเชียงใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2548) สัญญากู้ยืมเงินตามโครงการแทรกแซงตลาดสับปะรดและสัญญารับดูแลรักษาทรัพย์จำนำเพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ยืม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 264/2549) สัญญาจ้างขุดลอกหนองน้ำสาธารณะ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 631/2549) สัญญาให้ดำเนินการจัดเก็บรายได้และดูแลพัฒนาตลาดสดของเทศบาล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549) เป็นต้น

3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” ว่าหมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ และในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรรถราง
- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยใช้ระบบส่งท่อไปยังอาคารต่างๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

ซึ่งจากคำจำกัดความต่างๆ อาจสรุปได้ว่า สิ่งสาธารณูปโภคสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ²⁰

- (1) ทรัพย์สินที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน ที่พักผู้โดยสาร รถประจำทาง ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ เป็นต้น
- (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า สายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน โรงกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

โดยสัญญาที่มีคำวินิจฉัยว่าเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงอาคารโรงพยาบาลของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารในมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545) สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะถูกเวนคืน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นคอนกรีตเสริมเหล็ก (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 416/2546) สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันตลิ่งพัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2546) สัญญาจ้างปรับปรุงระบบท่อประปาในหมู่บ้าน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่

²⁰ สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, สำนักงานศาลปกครอง, 2551, น. 38 – 39.

51/2548) สัญญาจ้างชุดคลองระบายน้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 84/2548) สัญญาจ้างติดตั้งไฟฟ้าแสงสว่างในเขตทางหลวง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2548) สัญญาจ้างก่อสร้างสะพาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 198/2548) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขต (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545) สัญญาจ้างก่อสร้างร่วมโรงเรียน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 813/2548) เป็นต้น

(4) สัญญาให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ในการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญฯ ของวุฒิสภาในการประชุมครั้งที่ 2/2542 เมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2542 ที่ประชุมได้อภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับความหมายและถ้อยคำของสัญญาให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยยกตัวอย่างว่าควรครอบคลุมถึงทรัพยากรธรรมชาติประเภทการทำเหมืองแร่ ป่าไม้ หรือกิจการต่าง ๆ²¹

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของ “ทรัพยากรธรรมชาติ” ว่าหมายถึง “ทรัพยากรอันเกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติ” โดยทรัพยากรธรรมชาตินั้นถือเป็นของส่วนรวม รัฐจึงต้องเข้ามาดูแลควบคุมการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จะปล่อยให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์โดยเสรีไม่ได้ ซึ่งการเข้ามาควบคุมรัฐอาจใช้วิธีอนุญาตซึ่งเป็นคำสั่งฝ่ายเดียว หรืออาจใช้วิธีทำสัญญาภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากเป็นการใช้วิธีทำสัญญาอนุญาตให้เอกชนแสวงประโยชน์จากธรรมชาติ สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง²²

โดยทั่วไปสัญญาเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของไทยอาจแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ ดังนี้²³

²¹ “รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” รายงานการประชุมคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญฯ วุฒิสภา เล่ม 4 จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง มีนาคม 2548, น. 87.

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง,” สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง, น. 243 – 247.

²³ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ,” วารสารอัยการ, 13 (กันยายน 2533), น. 53.

(1) สัญญาสัมปทาน

ได้แก่ สัญญาที่ภาครัฐให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาเพียงผู้เดียวที่จะทำการสำรวจและผลิตทรัพยากรธรรมชาติภายในพื้นที่สัมปทาน แต่เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญารวมทั้งต้องชำระค่าภาคเช่า ค่าธรรมเนียม ค่าภาคหลวง และผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษแก่ฝ่ายรัฐ ดังเช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จะมีการทำสัญญาตามรูปแบบที่กฎกระทรวงกำหนดไว้

(2) สัญญาตัวแทนหรือจ้างทำของ

สัญญารูปแบบนี้เกิดขึ้นในกรณีการสำรวจแร่ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 หากพื้นที่ที่เอกชนจะขอขออนุญาตสำรวจ เป็นพื้นที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมอาศัยอำนาจตามกฎหมายประกาศกำหนดให้เป็นพื้นที่ที่จะทำการสำรวจ ทดลองศึกษา และวิจัยเกี่ยวกับแร่ ภาครัฐก็อาจทำความตกลงให้เอกชนเป็นตัวแทนหรือรับจ้างทำการสำรวจให้แก่ภาครัฐได้

(3) สัญญาร่วมกิจการ

สัญญารูปแบบนี้มีลักษณะต่างไปจากสัญญาสัมปทาน เพราะภาครัฐเข้าไปร่วมลงทุนและร่วมประกอบกิจการในฐานะผู้สำรวจและผลิตทรัพยากรธรรมชาติร่วมกับเอกชน ดังเช่น สัญญาร่วมลงทุนสำรวจและผลิตปิโตรเลียมระหว่างการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย กับ บริษัท ไทยเชลล์เอ็กซ์พลอเรชั่นแอนด์โปรดักชั่น จำกัด เมื่อปี พ.ศ. 2527 ซึ่งข้อตกลงตามสัญญา มีสาระเกี่ยวกับการเข้าร่วมทุน การช่วยเหลือกันประกอบกิจการ การแบ่งสัดส่วนผลกำไร ฯลฯ โดยเมื่อถึงขั้นดำเนินการ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ต้องร่วมกันยื่นขอสัมปทานต่อทางการตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ต่อไป

โดยลักษณะของการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะแตกต่างจากการให้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ เพราะทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ป่าไม้ เหมืองแร่ เป็นทรัพย์ที่อยู่ในความดูแลของรัฐ เมื่อเอกชนจะเข้าทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตในรูปแบบของสัมปทานจากรัฐและอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐโดยเสียค่าใช้จ่ายให้แก่รัฐตามสมควร รูปแบบของสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะการเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะเป็นรูปแบบของสัญญาสัมปทานที่เป็นไปตามแบบของทางราชการซึ่งผู้ขอสัมปทานต้องยื่นคำขอเมื่อรัฐอนุญาตก็จะออกประทานบัตรให้ สัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่มีรูปแบบที่เป็นลักษณะเฉพาะตัว แต่จะเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติแร่

พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514 เป็นต้น โดยกฎหมายจะวางหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการขออาชญาบัตรและประทานบัตร โดยไม่มีการประกวดราคาหรือการประกาศในการให้สัมปทาน²⁴

โดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในช่วงเวลาที่ผ่านมานั้น ปรากฏเพียงคำวินิจฉัยเดียว คือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548 โดยวินิจฉัยว่า การที่ผู้ซื้อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมที่ดินให้ประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐซึ่งอยู่ในเขตขององค์การบริหารส่วนจังหวัดตามมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้ชำระค่าตอบแทนรายปีตามนัยมาตรา 9 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวในปีแรกให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดตามวิธีการและอัตราที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติจังหวัดแล้วนั้น ถือได้ว่าผู้ได้รับอนุญาตดังกล่าวได้ตกลงกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดในการที่ประกอบกิจการเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว

4.1.3.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เมื่อพิจารณาจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 อาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล โดยอาจแบ่งตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดออกได้เป็น

(1) สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546, 361/2547, 274/2548) สัญญาจัดการบริหารท่าเทียบเรือ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 889/2548) สัญญาการเป็นนักศึกษาและสัญญาลาศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.302/2549) สัญญาการรับบริการสนับสนุนโครงการตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 313/2549)

²⁴ สุภาวิณี จิตต์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 321- 322.

(2) สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การบริการสาธารณะ บรรลุผล เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลของมหาวิทยาลัยของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544) สัญญาลาศึกษาของข้าราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 544/2546)

อาจสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เป็นสัญญาที่โดยลักษณะเนื้อหาของสัญญาจะมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง คือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีข้อสัญญาซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง อันเป็นสัญญาที่อยู่ในแดนกฎหมายมหาชนในตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

ซึ่งหากพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองตามมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 จะเห็นได้ว่า มีความคล้ายคลึงกับเกณฑ์ทางเนื้อหาในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝรั่งเศสคือ 1) สัญญาดังกล่าวเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะโดยตรง และ 2) สัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง แต่ทั้งนี้สัญญาทางปกครองของไทยตามมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ใช้คำว่า “สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ” จึงมีข้อที่น่าสังเกตว่า เกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครองในข้อนี้ของไทยอาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส โดยในประเทศฝรั่งเศส สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษซึ่งได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้นตั้งอยู่บนสมมติฐานสองความคิด กล่าวคือ ในประการแรกนั้นการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ที่จะทำให้อสัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองและบังคับใช้กฎหมายมหาชน ประการที่สอง ข้อกำหนดพิเศษนั้นก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองโดยธรรมชาติ เนื่องจากจะไม่พบข้อกำหนดนี้ในสัญญาทางแพ่งธรรมดา เพราะมีเนื้อหาที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน²⁵

²⁵ ประสาท พงษ์สุวรรณ และคณะ, “รายงานการวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส,” น. 7.

ตัวอย่างของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในฝรั่งเศสได้แก่²⁶

(1) ข้อกำหนดที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีสถานะเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาเหล่านี้ มักกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาหรือเข้าดำเนินการแทนในกรณีคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งวิธีการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากในสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว หรือการใช้วิธีการนั้นโดยไม่มีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญา

(2) ข้อกำหนดที่มีการอ้างอิงไปถึงสัญญาแบบ หรือเอกสารกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทางปกครอง หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

(3) ข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญาเหนือบุคคลภายนอก เช่น ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน

(4) ข้อกำหนดซึ่งต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

(5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบ หรือพบได้น้อยในสัญญาทางแพ่งของเอกชน เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะขัดกับหลักกฎหมายในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น หลักความเสมอภาคของคู่สัญญา

(6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น ข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการยกเว้นภาษี ซึ่งหากนำไปกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนแล้วอาจจะเป็นโมฆะ

ซึ่งข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในสัญญาทางปกครองของไทยอาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส โดยหากพิจารณาจากตัวอย่างของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในฝรั่งเศสที่กล่าวข้างต้นนั้น ในบางข้ออาจเข้าลักษณะสัญญาทางปกครองของไทย ด้วยเหตุที่เป็นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะตามคำนิยามที่กฎหมายกำหนด หรือมีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แต่ในบางตัวอย่างโดยเฉพาะ (6) ข้อกำหนดซึ่งไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน เช่น การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับยกเว้นภาษีนั้น เป็นข้อกำหนดซึ่งรัฐเท่านั้นจะกำหนดและปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าวได้ น่าสังเกตว่า หากสัญญาดังกล่าวไม่เข้าลักษณะ

²⁶ เพิ่งอ้าง, น. 8-9.

ของสัญญาทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 3 และไม่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยหรือไม่

ซึ่งมีตัวอย่างคำวินิจฉัยที่น่าสนใจซึ่งปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2544 ซึ่งผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยมีหลักฐานหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน เป็น ส.ค.1 และใบเหยียบย่ำ ผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์จะขอลอกโฉนดที่ดินแปลงดังกล่าว แต่ถูกกองทัพเรือ (ผู้ถูกฟ้องคดี) คัดค้านโดยอ้างว่าเป็นที่ดินที่อยู่ในเขตพระราชกฤษฎีกากำหนด เขตหวงห้ามที่ดินในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2497 และพระราช กฤษฎีกาจัดตั้งนิคมสร้างตนเองในท้องที่ตำบลบางพระ อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2499 ผู้ฟ้องคดีจึงได้ทำสัญญากับกองทัพเรือโดยมีข้อกำหนดว่า ผู้ฟ้องคดียอมให้ผู้ถูกฟ้องคดี เข้าใช้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีอ้างสิทธิครอบครองตาม ส.ค.1 จำนวน 147 ไร่ โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้อง ไม่เข้าใช้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีอ้างสิทธิเพิ่มเติมอีกและจะต้องดำเนินการเพื่อขอยกเลิกพระราชกฤษฎีกา ทั้งสองฉบับดังกล่าว และเมื่อมีการยกเลิกแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่อ้างสิทธิการครอบครองในที่ดิน ที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เข้าไปใช้ประโยชน์ดังกล่าวอีกต่อไป เพื่อผู้ฟ้องคดีจะได้ดำเนินการขอลอกโฉนดที่ดิน โดยไม่ถูกกองทัพเรือ (ผู้ถูกฟ้องคดี) คัดค้านอีก แต่จนถึงวันฟ้องก็ยังไม่มีการยกเลิกพระราช กฤษฎีกา จึงขอให้ศาลส่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนี้ โดยเร็ว ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาทางปกครอง เพราะเนื้อหาของสัญญามิใช่เพื่อดำเนินกิจการบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาดังกล่าวตามที่ผู้ฟ้องคดีอ้างจึงไม่อยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คำสั่งของศาลปกครอง ชั้นต้นชอบแล้ว นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยตามประเด็นอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี อีกด้วยว่า หน้าที่ที่จะต้องดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ กองทัพเรือปฏิบัติ แต่เป็นหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญาและผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์จะขอให้ ศาลบังคับให้กองทัพเรือปฏิบัติตามสัญญา จึงไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย กำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

จากคดีดังกล่าวมีข้อพิจารณาว่า ศาลปกครองเห็นว่าสัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญา ทางปกครองเนื่องจากไม่เข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งของสัญญา 4 ประเภทตามพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเนื้อหาของสัญญามิใช่เพื่อการดำเนินกิจการบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการพิจารณาว่าสัญญาใดสัญญาหนึ่งเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงลักษณะไปถึงธรรมชาติ ตลอดจนลักษณะของนิติสัมพันธ์และการปฏิบัติตามสัญญาว่าเป็นเรื่องทั่วๆ ไปในทางแพ่ง หรือเป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะในทางปกครอง หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาแล้ว เห็นได้ชัดว่า การดำเนินการยกเลิกพระราชกฤษฎีกานั้น เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเท่านั้นที่อยู่ใต้อำนาจที่จะกระทำได้ สัญญาดังกล่าวนี้นี้จึงเป็นสัญญาที่มุ่งผลในทางกฎหมายปกครองโดยตรง มีลักษณะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง จึงต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง²⁷

4.2 การยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus*

แต่เดิมนั้นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชนโดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครองอยู่ในฐานะที่เป็นสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งในการศึกษาหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครองจึงจำเป็นต้องศึกษาหลักกฎหมายเรื่องดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งซึ่งได้รับการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมมาประกอบด้วย

4.2.1 การยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางแพ่ง

หลักที่ว่าพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปเกินกว่าที่ควรคาดหมายย่อมส่งผลกระทบต่อความผูกพันตามนิติกรรมนั้น ได้มีปรากฏร่องรอยให้เห็นในบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่พอสมควร อาทิเช่น²⁸

กรณีตามมาตรา 193 ซึ่งห้ามลูกหนี้ถือเอาประโยชน์จากเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นหรือเงื่อนไขเวลาสิ้นสุด หากฐานะและความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ในการชำระหนี้เสื่อมเสียลง

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 10*, น. 262-263.

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกิตติ, รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่อง ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (*Supervening Events*), นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, น. 53.

กรณีตามมาตรา 531 ซึ่งรับรองสิทธิแก่ผู้ให้ในการเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับการให้ประพฤติเนรคุณ

กรณีตามมาตรา 662 กำหนดข้อยกเว้นให้ผู้รับฝากซึ่งรับฝากโดยมีกำหนดเวลา อาจคืนทรัพย์สินที่รับฝากก่อนถึงเวลาที่กำหนดได้ หากมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้

กรณีตามมาตรา 1057 ซึ่งรับรองให้ผู้เป็นหุ้นส่วนร้องขอให้ศาลสั่งเลิกห้างหุ้นส่วนได้ เมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่ความคงอยู่ของห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นอันไร้ประโยชน์ แก่ผู้เป็นหุ้นส่วน อาทิเช่น หากทำต่อไปก็มีแต่ขาดทุนโดยไม่มีทางกลับฟื้นตัวได้ หรือมีเหตุให้ห้างหุ้นส่วนนั้นเหลือวิสัยที่จะคงอยู่ต่อไปได้

กรณีตามมาตรา 1442 และ 1443 ที่กฎหมายยอมให้ชายและหญิงคู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้เมื่อมีเหตุสำคัญเกิดแก่หญิงและชายคู่หมั้นของตน เป็นต้น

ในทางตำราของไทยนั้น เมื่อมีกรณีที่เกิดเหตุขัดข้องในการชำระหนี้ที่เป็นผลมาจากเหตุแทรกซ้อนหรือพฤติการณ์นอกเหนือความคาดหมาย และการบังคับให้ลูกหนี้ต้องผูกพันตามมูลหนี้อย่างเคร่งครัดจะก่อให้เกิดความเสียหายเดือดร้อนแก่ลูกหนี้เกินควรที่คาดหมาย หรือหากจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้ก็เป็นอันไร้ประโยชน์หรือขัดต่อความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ นั้น มีแนวคิดที่อาจจะแยกออกได้เป็นสองแนว²⁹

แนวแรก เห็นว่า ข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นต้องเป็นกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยชนิดเด็ดขาดอันเกิดจากพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งเป็นเหตุให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ (มาตรา 219 ป.พ.พ.) หรือเป็นกรณีที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งวัตถุประสงค์แห่งหนี้มิใช่เป็นการโอนไปซึ่งทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์ที่ไม่มีฝ่ายใดต้องรับผิดชอบ ดังนี้ลูกหนี้อย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้แต่ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน และเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้ (มาตรา 372 ป.พ.พ.) แนวคิดนี้จำกัดการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยไว้เฉพาะกรณีเป็นพ้นวิสัยโดยเด็ดขาดเป็นสำคัญ

อีกแนวหนึ่งนั้น ไม่ยึดอยู่กับกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยทางภาวะวิสัยหรือพ้นวิสัยเด็ดขาดเป็นหลัก แต่คำนึงถึงความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ประกอบกันไปด้วยว่า หากการบังคับชำระหนี้อยู่นอกขอบเขตความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ จนถึงขนาดเท่าๆกับบังคับให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นอย่างอื่น หรือหากบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก็จะเป็นการอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ ดังนี้ก็ถือได้ว่าเป็นกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยไป

²⁹ เฟิงอ้าง, น. 54.

หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายไทย ในกรณีดังกล่าว ศาลถือหลักการแบ่งภาระความเสี่ยง กล่าวคือ หากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจนก่อภาระหนักแก่ลูกหนี้ นั้นเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ควรคาดหมายได้ หรือควรรับผิดชอบ หรือควรรับว่าเป็น แดนเสี่ยงภัยของตน ดังนี้ฝ่ายลูกหนี้ไม่อาจอ้างพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้ ซึ่งจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องเหตุสุดวิสัย และการชำระหนี้ เป็นพันธวิสัย แต่ถ้าพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากที่คู่กรณีคาดหมายถึงขนาดที่หากบังคับให้ชำระหนี้หรือรับชำระหนี้ ก็จะเป็นเสมือนการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นหรือเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ หรือเป็นอันขัดต่อวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ กรณีนี้ศาลไทยพยายามนำเอาหลักการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยมาเทียบเคียง ตัวอย่างเช่น ในยุควิกฤติเศรษฐกิจถ้าการชำระหนี้ไม่อาจกระทำ ลงได้ เป็นภาระหนักเกินกว่าที่ควรคาดหมาย หรือกลายเป็นพันธวิสัยไปเพราะเหตุนอกเหนือ ความคาดหมาย หรือเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ศาลก็จะอธิบายว่าการไม่ชำระหนี้ เป็นเพราะเหตุสุดวิสัย และลูกหนี้ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าการชำระหนี้ นั้นยังอยู่ในวิสัย หรือ ข้อขัดข้องในการชำระหนี้ นั้นมิได้เกิดจากเหตุที่นอกเหนือความคาดหมายของคู่กรณี ดังนี้ เป็นกรณีไม่ชำระหนี้เพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ และลูกหนี้ย่อมต้องรับผิดชอบ³⁰

นอกจากนี้ ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546 ศาลฎีกาได้ยอมรับว่าวิกฤติเศรษฐกิจ มีผลกระทบต่อลูกหนี้บางคน เป็นเหตุให้ใช้เป็นข้อแก้ตัวเมื่อไม่สามารถชำระหนี้ที่ตนมีต่อสถาบัน การเงินเหมือนเช่นปกติได้ แต่ศาลก็วางข้อจำกัดไว้ด้วยว่า จะถือวิกฤติเศรษฐกิจเป็นพฤติการณ์ ที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเสียทีเดียวไม่ได้ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป (แต่ในคดีดังกล่าว ศาลเห็นว่าข้ออ้างของลูกหนี้เรื่องวิกฤติเศรษฐกิจไม่อาจรับฟังเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากการ ชำระหนี้ได้) ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลไทยยึดถือหลักที่ว่า การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยมิได้ หมายความว่าเฉพาะกรณีที่เป็นพันธวิสัยโดยเด็ดขาดเท่านั้น แต่ยังคงยอมรับแนวคิดว่าหากการชำระหนี้ จะก่อภาระแก่ลูกหนี้เกินควรคาดหมาย หรือไม่เป็นไปตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หรือ การบังคับให้รับชำระหนี้จะเป็นการไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ก็อนุโลมเข้าเป็นกรณีพันธวิสัยได้ด้วย³¹

³⁰ เฟิงอ๋าง, น. 55.

³¹ เฟิงอ๋าง, น. 56-57.

4.2.2 การยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง

ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นใน พ.ศ. 2544 นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่า สัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ตามจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันคือระบบกฎหมายเอกชน ฉะนั้น หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ก็คือ หลักกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองก็อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นที่ยอมรับเช่นนั้นก็ตาม แต่ตามความเป็นจริงแล้วก็ใช้ว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองจะเหมือนกับกรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนทุก ๆ เรื่องเสียทีเดียว หลักเกณฑ์พิเศษบางอย่างบางประการที่นำมาบังคับใช้เฉพาะกับสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทต่าง ๆ นั้นมีอยู่จริง หลักเกณฑ์พิเศษเหล่านี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่ออกโดยฝ่ายปกครอง รวมไปถึงมติของคณะรัฐมนตรี และในบางครั้งก็อาจถูกกำหนดขึ้นในรูปของข้อตกลงในสัญญาโดยตรงเลยทีเดียว³²

ซึ่งศาลยุติธรรมก็ได้ยอมรับว่านิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามกฎระเบียบ ข้อบังคับ และข้อกำหนดในสัญญา และหากไม่มีข้อกำหนดและข้อบังคับดังกล่าวศาลก็จะใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่สัญญา ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1738/2525 ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษาว่าคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐกับเอกชนทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³³ ส่วนสำนักงานอัยการสูงสุดหรือกรมอัยการในอดีตนั้น ก็ได้ยึดถือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งหมดเช่นกัน และจะยึดถือกฎ ระเบียบ หรือมติของฝ่ายบริหารเป็นเกณฑ์ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย โดยแนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดผูกพันอยู่กับ

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 22, น. 248.

³³ รัชนิกุล ปันเจียง, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 2, น. 60-61.

หลักกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ แม้แต่การที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีผลทำให้ฝ่ายรัฐเสียเปรียบหรือไม่ก็พิจารณาวินิจฉัยบนพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งเช่นกัน³⁴

จะเห็นได้ว่า สัญญาของฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน แต่ก็มีหลักเกณฑ์พิเศษบางอย่างที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยมีได้มีความแตกต่างกันของสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งซึ่งฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาแต่อย่างใด หลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง และในรูปของข้อตกลงในสัญญา ซึ่งกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็ได้ยอมรับข้อสัญญาซึ่งแสดงถึงความเหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่ถือว่าเป็นโมฆะ เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ศาลปกครองก็ได้ยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา โดยได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาที่ 104/2544 ว่าข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาได้ โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษที่มีได้ระบุในสัญญาเพิ่มเติมได้โดยเอกชนไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษที่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายของไทยนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองเป็นการทั่วไปไว้เช่นในประเทศเยอรมัน และยังไม่มียหลักกฎหมายที่ใช้เป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งถูกสร้างขึ้นโดยศาลปกครองเช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งค่อนข้างให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก โดยมักจะมีการกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง หรือให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนเหนือเอกชนคู่สัญญาได้ หรือบางกรณีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญาได้ก่อนกำหนด โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมายในทำนองเดียวกันคือ เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในหลักกฎหมายของฝรั่งเศสหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสมอ แต่ในระบบกฎหมายของไทยนั้น กฎหมายบางฉบับให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้

³⁴ บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 121.

โดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2516 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการให้สัมปทานได้กำหนดไว้ในข้อ 7 ให้อำนาจรัฐมนตรีกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควรโดยรัฐไม่ต้องชดเชยให้แก่เอกชน แม้เอกชนจะมีภาระเพิ่มขึ้นก็ตามและหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามก็อาจได้รับโทษปรับ และในกรณีที่เป็นความผิดต่อเนื่องก็ต้องรับโทษปรับรายวันด้วย และในพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ตรี ให้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรใดเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียกอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตดังกล่าวได้ โดยเอกชนคู่สัญญาจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ มิได้

ในส่วนของกรณีหากเกิดเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ โดยมีการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์บางอย่างภายหลังจากทำสัญญาทางปกครองไปแล้วนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ศาลปกครองยังไม่ได้ยอมรับให้นำหลักกฎหมายว่าด้วยเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้มาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป แต่ในทางปฏิบัติฝ่ายบริหารได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นการช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้าง³⁵ โดยเป็นมาตรการที่รัฐบาลไทยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้ประกอบการก่อสร้างคนไทยที่ประสบปัญหาทางการเงินอันเนื่องมาจากได้รับผลกระทบจากสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น เกิดวิกฤตการณ์ขาดแคลนวัสดุก่อสร้าง หรือเกิดวิกฤตการณ์ปรับปรุงระบบแลกเปลี่ยนเงินตราภายในประเทศ (ประเทศลอยตัวอัตราแลกเปลี่ยนค่าเงินบาท) อันส่งผลกระทบต่อราคาวัสดุก่อสร้างที่เพิ่มสูงขึ้นกว่าราคาที่ตกลงกันในสัญญาจ้างก่อสร้าง และทำให้ผู้ประกอบการก่อสร้างซึ่งเป็นเอกชนผู้รับจ้างที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวกับทางราชการต้องแบกรับภาระในการจัดหาวัสดุก่อสร้างที่มีราคาเพิ่มสูงขึ้นเพียงฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตาม มาตรการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลเฉพาะสัญญาจ้างก่อสร้างเท่านั้น มิได้รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทอื่น ๆ โดยเฉพาะสัญญาประเภทที่มอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะซึ่งโดยสภาพจะเป็นสัญญาที่มีระยะเวลาการดำเนิน

³⁵ บุญผา อัครพิมาน, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 1, น. 141.

บริการนาน และในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญามีโอกาสที่จะเจอเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้³⁶ และต้องมีการระบุไว้ในสัญญาด้วยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้จึงจะนำหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีมาช่วยเหลือได้

จะเห็นได้ว่า กรณีที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญา ซึ่งเป็น การเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงนั้น ในระบบกฎหมายไทย ได้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป อันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาจเป็นอำนาจตามกฎหมายหรือข้อสัญญา แต่ยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องการเยียวยาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งต้องเสียหาย นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงภายหลังทำสัญญาและทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินไป ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองได้อย่างเป็นหลักการทั่วไป ส่วนการแก้ไขได้ภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีก็มีข้อจำกัดค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ลักษณะของการจ่ายค่าชดเชยจะต้องมีการระบุว่า เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ซึ่งการระบุไว้ในสัญญานั้น เป็นการคาดหมายไว้ล่วงหน้าแล้วว่าจะมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญา กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่ เหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาโดยคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้อันเป็นกรณีของหลัก *clausula rebus sic stantibus* แต่อย่างใด

ในส่วน of กรณีที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญา อันเป็นการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมายซึ่งกระทบต่อสาระสำคัญของสัญญานั้น กรณีดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกรวางหลักที่ชัดเจนว่าผลของสัญญาดังกล่าวจะเป็นเช่นไร แต่โดยทั่วไปแล้ว สัญญาเป็นเรื่องของเจตนาของคู่สัญญา หากคู่สัญญาแสดงเจตนาที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้สอดคล้องกับกฎหมายใหม่โดยเจตนาที่ต้องตรงกัน คู่สัญญาก็ย่อมต้องผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออกมาใหม่ตามสัญญาดังกล่าวกันไป หรือหากการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ทำให้สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และคู่สัญญา มีเจตนาที่จะผูกพันกันตามสัญญานั้นต่อไป สัญญาดังกล่าวย่อมมีผลต่อไปเช่นเดิม อย่างไรก็ตาม ในกรณีหลังนี้อาจมี ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ปัญหา ย่อมเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้ด้วยการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกัน โดยในระบบ

³⁶ เฟิ่งอ๋าง, น. 141.

กฎหมายไทยยังมีได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวที่ชัดเจน และยังคงมีปัญหาอยู่ ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดต่อไป

4.3 ลักษณะของ clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง

หลักในเรื่องนี้ของระบบกฎหมายไทยยังไม่มีความเป็นระบบระเบียบมากนัก โดยหลัก clausula rebus sic stantibus ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยอย่างค่อนข้างจะกระจัดกระจายซึ่งสามารถรวบรวมมาจัดระบบได้ดังนี้

4.3.1 กรณีที่พฤติการณ์ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป

ในกรณีที่พฤติการณ์อันเป็นฐานของสัญญาซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น (1) กรณีที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปและคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา และ (2) ในกรณีที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปอันทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควรแก่ความคาดหมาย

4.3.1.1 การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่อยู่ในสัญญาของฝ่ายปกครองมานานแล้ว โดยมักจะกำหนดไว้ในข้อสัญญา ซึ่งศาลยุติธรรมและศาลปกครองก็ได้ยอมรับหลักเอกสิทธิ์ที่มีอยู่ในสัญญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และนอกจากข้อกำหนดในสัญญาแล้ว กฎหมายบางฉบับก็กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษบางประการได้ กรณีจึงอาจแบ่งที่มาของเอกสิทธิ์หรือการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

1) เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยผลของกฎหมาย

ในปัจจุบัน แม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายใดๆ ที่รับรองความมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยตรงก็ตาม แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษบางประการได้³⁷ กล่าวคือ

³⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 276.

1.1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 โดยมาตรา 68 ทวิ ได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ในการออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสัญญาสัมปทานป่าไม้ได้ โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานเพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดังต่อไปนี้

(1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลงทั้งแปลง

(2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจกรรมที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร

(3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง”

บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการให้สิทธิแก่หน่วยงานทางปกครองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่มีเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้

1.2) พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ทรี ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเอาไว้ว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรใดเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียกอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรตามวรรคหนึ่ง ผู้ถืออาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ มิได้”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยงานทางปกครองฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่สัมปทานได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และไม่ต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งขัดกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องมีการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหายเนื่องจากการที่ต้องยอมสละประโยชน์บางอย่างเพื่อส่วนรวม

1.3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2516 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับกรทำให้สัมปทานได้ให้อำนาจรัฐมนตรีไว้ในข้อ 7 ว่า ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานในกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนได้ โดยเงื่อนไขที่กำหนดไว้นั้น รัฐมนตรีอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมในภายหลังก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการไว้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร โดยรัฐไม่ต้องชดเชยให้แก่เอกชน แม้เอกชนจะมีภาระเพิ่มเติมขึ้นก็ตาม และหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ก็อาจต้องรับโทษปรับและในกรณีเป็นความผิดต่อเนื่องกันก็ต้องรับโทษปรับเป็นรายวันสำหรับสัญญาสัมปทาน

บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานทางปกครองในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยจากกรณีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแระ พ.ศ. 2510

1.4) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 โดยมาตรา 22 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกสัญญาสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัญญาได้ โดยเงื่อนไขว่ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมาย จะเห็นได้ว่า เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิพิเศษดังกล่าว โดยสามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ทันที เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยกฎหมายบางฉบับได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย

2) เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยผลของข้อกำหนดในสัญญา

ในเรื่องของความมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยผลของข้อตกลงในสัญญานั้นเป็นสิ่งที่ยอมรับกันในทางปฏิบัติของคู่สัญญา และได้รับการยอมรับบังคับให้ตามข้อสัญญาโดยฝ่ายตุลาการทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ตกลงให้มีข้อสัญญาลักษณะเช่นนี้ ฉะนั้น โดยหลักการ

แล้ว การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวหรือการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยข้อตกลงในสัญญาย่อมเป็นไปได้และชอบด้วยกฎหมาย³⁸ โดยแบบของสัญญาจ้างทำอะไหล่ยานยนต์ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นแบบของสัญญาที่ใช้กันทั่วไปของส่วนราชการต่าง ๆ ข้อ 16 ได้กำหนดว่า

“ข้อ 16 งานพิเศษและการแก้ไขงาน

ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะแต่อย่างใด

อัตราค่าจ้างหรือราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ให้กำหนดใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มเติม หรือตัดทอนลงทั้งปวงตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้าง หรือราคาใด ๆ ที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่เพื่อความเหมาะสม ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราค่าจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างแต่อาจสงวนสิทธิที่จะดำเนินการตามข้อ 21³⁹ ต่อไปได้”

จากเนื้อหาของสัญญาดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐค่อนข้างมาก โดยให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้โดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้สิทธินั้นแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในส่วนของค่าจ้างนั้น หากตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างก็มีสิทธิที่จะกำหนดได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมถูกต้อง อันเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐค่อนข้างมาก

เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ก็จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของข้อ 136 ของระเบียบดังกล่าวด้วยเสมอ

³⁸ เพิ่งอ้าง, น. 274.

³⁹ ข้อ 21 เป็นข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองจะตัดออกหรือใส่ไว้ในสัญญาตามความเหมาะสมก็ได้

“ข้อ 136 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือ แล้วแต่กรณีด้วย

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบของหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไป

สำหรับการจัดหาที่เกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่าง จะต้องได้รับการรับรองจากวิศวกร สถาปนิกและวิศวกรผู้ชำนาญการ หรือผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรับผิดชอบหรือสามารถรับรองคุณลักษณะเฉพาะ แบบและรายการของงานก่อสร้าง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างนั้นแล้วแต่กรณีด้วย”

จากที่กล่าวมานั้นเป็นที่มาของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งอำนาจดังกล่าวมาจากข้อกฎหมายและข้อสัญญา ซึ่งในประเทศไทยในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอันอาจทำให้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังไม่ก้าวล่วงเข้ามาใช้อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เว้นแต่จะมีข้อกฎหมายหรือข้อสัญญาให้อำนาจไว้ แต่ในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดอำนาจดังกล่าวไว้ในกฎหมายหรือสัญญา ส่วนในประเทศเยอรมันอำนาจดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 60 (1) ประโยคที่ 2 ซึ่งเป็นการบัญญัติให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองไว้เป็นการทั่วไป แต่ในระบบกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏหลักการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ก้าวไปไกลเช่นนั้น และในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลก็จะหยิบยกเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ปรากฏในข้อกฎหมายและข้อสัญญามาเป็นหลักในการวินิจฉัยคดีพิพาท โดยมีตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ดังนี้

: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบบดขององค์การบริหารส่วนตำบลฟองขอให้องค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) ชำระค่าจ้างก่อสร้างเชื่อมกันดินพังอันเนื่องมาจากกรณีที่ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลสั่งการด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเพื่อให้การก่อสร้างถนนตามสัญญาสามารถดำเนินการต่อไปได้ ด้วยเหตุที่ระหว่าง

การก่อสร้างถนนได้เกิดการทรุดตัวของดินด้านข้างถนนไหลเลื่อนลงคลองซึ่งจะทำให้ถนนชำรุดเสียหาย ศาลเห็นว่า การสั่งให้ผู้รับจ้างทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเพื่อป้องกันการทรุดตัวของดิน และสามารถก่อสร้างถนนต่อไปได้นั้น ถือได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา และงานพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำนั้นอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากหากไม่ทำการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเสียก่อน ก็จะไม่สามารถสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้ การสร้างเชื่อมกันดินพังจึงเป็นงานพิเศษที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำได้ตามสัญญา และข้อตกลงเรื่องการสร้างเชื่อมกันดินพังย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ แม้จะเป็นการตกลงกันด้วยวาจา ไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ตาม แต่ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้นผู้รับจ้างจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และเมื่อทำการก่อสร้างเชื่อมเสร็จก็มีสิทธิที่จะได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทน และเนื่องจากการสั่งให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเชื่อมกันดินพัง ผู้ถูกฟ้องคดีได้จัดทำแบบแปลนและคำนวณราคาค่าก่อสร้างเชื่อมไว้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ยอมรับและทำการก่อสร้างเชื่อมตามคำสั่ง กรณีจึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงราคาค่าจ้างสำหรับงานพิเศษดังกล่าวกันได้ จึงต้องบังคับไปตามข้อตกลงนั้น ศาลพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีฝ่ายปกครองชำระค่าจ้างก่อสร้างเชื่อมกันดินพังให้แก่เอกชนคู่สัญญา

จะเห็นได้ว่า คดีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อสัญญาสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำงานเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากความจำเป็นในการก่อสร้างถนนอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งศาลมองว่า กรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามสัญญาที่ตกลงกัน กล่าวคือ เป็นการจ่ายเงินตามสัญญา มิใช่การชดเชยความเสียหายเนื่องจากการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะฐานอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวมีที่มาจากข้อสัญญานั้นเอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาในกรณีนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชนได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างเชื่อม ค.ส.ล. รวบรวมเหล็กและบันไดเหล็กจากเขื่อนจุดเดิมถึงจุดที่กำหนดให้กับกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดี) แต่ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถไถ่หรือบ้านที่ถูกล้ำพื้นที่ก่อสร้างออกไปได้ และไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าอุปสรรคจะสิ้นสุดลง

เมื่อใด ประกอบกับงบประมาณในการก่อสร้างเชื่อมตามสัญญานี้ได้ถูกสภากรุงเทพมหานคร ตัดไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้างอีกต่อไป ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้อาศัย อำนาจตามข้อ 19 ของสัญญาที่ให้อำนาจผู้ว่าจ้างที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติม หรือลดงาน จากแบบรูปและรายการละเอียด ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีมาทำการตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลงลดเนื้องานและวงเงินก่อสร้าง แต่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงถือว่าผู้ฟ้องคดี ผิดสัญญาจ้างและบอกเลิกสัญญา ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยข้อสัญญาและ ข้อกฎหมายจึงฟ้องต่อศาลปกครองขอค่าสินไหมทดแทน ซึ่งศาลเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ในการก่อสร้างได้ และผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีงบประมาณที่จะดำเนินการก่อสร้าง ได้ต่อไปจึงแจ้งบอกเลิกสัญญานั้น มิใช่กรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะทำงานไม่แล้วเสร็จ ภายใต้อำนาจหรือผู้ฟ้องคดีดำเนินการไม่ถูกต้องตามสัญญาประการใดประการหนึ่ง การบอกเลิก สัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและการที่ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่ายเดียว ในการแก้ไขสัญญาได้ ไม่ว่าจะเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบรูปและรายการละเอียดตาม สัญญาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญานั้น เป็นกรณีที่สัญญาดังกล่าว มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิด ประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่การแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นการลดเนื้องานก่อสร้างเชื่อมลง ทำให้ประโยชน์ในการก่อสร้างเชื่อมเพื่อป้องกันดินริมตลิ่งทรุดและน้ำท่วมบ้านเรือนราษฎรลดลง จากเดิมอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามสัญญา เปลี่ยนแปลงลดงานก่อสร้างดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา

คดีดังกล่าว ศาลได้วางหลักไว้ว่า การใช้เอกสิทธิ์ (ตามข้อสัญญา) ในการแก้ไขสัญญา ฝ่ายเดียวนั้นต้องกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น แต่คดีนี้การที่สัญญาไม่อาจ ปฏิบัติให้บรรลุผลได้เนื่องจากความบกพร่องของหน่วยงานเอง และการบอกเลิกสัญญาก็มิได้ เป็นไปเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลอีกด้วย ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ หากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวมิได้เป็นไป เพื่อประโยชน์สาธารณะ และแม้จะเป็นการใช้อำนาจแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์ สาธารณะก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็จำเป็นต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552

: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 กรณีกรรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวีได้ดำเนินการก่อสร้างท่าเทียบเรือท่ามะดะลัง จังหวัดสตูล เพื่อให้บริการรับส่งผู้โดยสารนักท่องเที่ยว และรองรับโครงการพัฒนาเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย โดยให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เข้าดูแลบริการชั่วคราวจนกว่ากรมธนารักษ์จะพิจารณากำหนดเงื่อนไขการจัดให้เช่าและเงื่อนไขการประมูลหาผู้เช่าช่วงเสร็จเรียบร้อย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารและดำเนินกิจการท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการชั่วคราวแทนโดยจัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงระหว่างกัน ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีขอยกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือท่ามะดะลัง และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการส่งมอบท่าเทียบเรือคืน เนื่องจากเห็นว่าค่าตอบแทนที่ได้รับเป็นอัตราที่ต่ำมากและไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง รวมทั้งเกิดปัญหาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการบริหารจัดการ และนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ตั้งเป้าหมายด้านการท่องเที่ยวไว้ว่าจะพยายามเพิ่มนักท่องเที่ยว โดยได้เสนอโครงการต่อนายกรัฐมนตรี ของบประมาณมาปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์บริเวณท่าเทียบเรือท่ามะดะลังแล้วซึ่งคาดว่าจะได้รับการจัดสรร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารท่าเทียบเรือเป็นการชั่วคราวเอง โดยผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการบริหารจัดการท่าเทียบเรือดังกล่าวต่อไป ซึ่งศาลเห็นว่า การบอกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือดังกล่าวเป็นการบอกเลิกเพื่อให้อายุของข้อตกลงสิ้นสุดลงตามข้อ 1.3 (ก) ที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะดะลังชั่วคราว โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการแจ้งเลิกข้อตกลงไว้ และผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา อันเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้อีกด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยความเสียหายให้ด้วย โดยศาลเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการทำผิดข้อตกลงของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด และเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงที่พิพาทที่เป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยจะเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

อันเป็นไปตามข้อตกลงที่พิพาทข้อ 1.3 (ก) ดังนั้น การแจ้งเลิกข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยชอบ ส่วนค่าเสียหายนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติผิดสัญญา ประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิม เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว โดยตามข้อตกลงผู้ดำเนินการบริหารท่าเทียบเรือจะต้องจัดหาอุปกรณ์ เครื่องมือที่จำเป็นต่อประสิทธิภาพและความต้องการในการประกอบกิจการเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่มีอยู่ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์และเครื่องมือที่จำเป็นแก่การบริการนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายฟ้องว่ามีทรัพย์สินรายการใดบ้างและคิดค่าเสียหายส่วนนี้เป็นจำนวนเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงไม่อาจกำหนดให้ได้ ส่วนค่าเสียหายที่ใช้ในการปรับปรุงต่อเติมท่าเทียบเรื่อนั้น ข้อตกลงดังกล่าวมิได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ทำการปรับปรุงต่อเติมท่าเทียบเรือแต่อย่างใด การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิโดยชอบตามข้อตกลง และถือเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเอง จึงไม่มีความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยให้จากการใช้อำนาจแจ้งเลิกข้อตกลงดังกล่าวแต่อย่างใด

คดีดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาเอกชนไม่ได้กระทำผิดสัญญาและไม่อาจเรียกค่าเสียหายใด ๆ ได้ ซึ่งเป็นการบอกเลิกตามข้อกำหนดในสัญญานั้น แม้ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่ได้ระบุเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองจะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเช่นนี้ได้ แต่ศาลก็เห็นว่าต้องเป็นไปเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยเห็นว่า เหตุผลตามคดีนี้เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ส่วนเรื่องค่าเสียหายนั้น หากกรณีดังกล่าวมีค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งไม่ใช่กรณีที่เอกชนได้กระทำเองนอกเหนือไปจากข้อตกลง และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลอาจพิจารณาให้ได้ แม้ว่าข้อกำหนดในสัญญาจะระบุว่า เอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใด ๆ ในกรณีนี้ไม่ได้ก็ตาม โดยศาลได้อ้างถึงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่คดีดังกล่าวศาลไม่กำหนดค่าเสียหายให้เนื่องจากเห็นว่าเป็นความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้กระทำไปเองนอกเหนือข้อตกลง อันเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์ของตนเอง นอกจากนี้ ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนรวมนั้น

เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และหากเอกชนได้รับความเสียหายย่อมต้องชดเชยให้เอกชนด้วย อันเป็นหลักการเดียวกับหลักกฎหมายปกครองทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส

จะเห็นได้ว่าลักษณะการใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในประเทศไทย นั้นเป็นไปตามข้อกำหนดที่มีระบุไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ โดยไม่ได้มีการระบุเงื่อนไขหรือขอบเขตของการใช้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า การใช้อำนาจในลักษณะนี้ ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งระดับความหนักแน่นของเหตุผลในการกระทำเพื่อ ประโยชน์สาธารณะในระบบกฎหมายไทย หากเทียบกับในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน จะเห็นได้ว่าอยู่ในระดับที่น้อยกว่ามาก โดยจะมีความใกล้เคียงกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการใช้เอกสิทธิ์เพียงเพื่อให้บริการสาธารณะมีประสิทธิภาพหรือปรับปรุงบริการสาธารณะ มิใช่ต้องเป็นกรณีที่จะคุ้มครองความเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะ เท่านั้น อย่างเช่นที่ปรากฏในประเทศเยอรมัน ทั้งนี้ เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับลักษณะของ สัญญาทางปกครองในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันนั่นเอง ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองของไทยได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส จึงทำให้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน

สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนในระบบกฎหมายไทยจะมีข้อกำหนด ในสัญญาซึ่งให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองไว้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา ทางปกครองฝ่ายเดียว และเมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจดังกล่าวขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลก็จะยอมรับอำนาจดังกล่าวโดยอ้างถึงข้อกำหนดในสัญญา อย่างไรก็ตาม แม้จะยังไม่ปรากฏ การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยไม่มีข้อกำหนด ในสัญญาให้อำนาจไว้ แต่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 ก็ได้ยืนยันว่าเอกสิทธิ์ ในการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นหลักกฎหมาย ปกครองทั่วไป จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองไทยยอมรับอำนาจดังกล่าวแม้ไม่มีการกำหนดไว้ใน สัญญา

นอกจากนี้ จากคำวินิจฉัยดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบว่า การบอกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาว่า เหตุผล ที่ใช้ในการบอกเลิกสัญญาเป็นเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อันเป็นอำนาจในการควบคุม ตรวจสอบเช่นเดียวกับศาลปกครองของฝรั่งเศส

4.3.1.2 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควร

กรณีที่ข้อเท็จจริงได้เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการทำสัญญาและทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควรนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากรณีดังกล่าวมีการแก้ปัญหาโดยฝ่ายบริหารในการช่วยเหลือผู้ประกอบการตามมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้าง (ค่า K) (ซึ่งเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในเรื่องการเงินนั่นเอง) แต่กรณีดังกล่าวมีการใช้อย่างค่อนข้างจำกัดมากโดยจำกัดเฉพาะสัญญาจ้างก่อสร้าง และไม่ครอบคลุมในทุกกรณีเป็นการทั่วไป เนื่องจากการจะได้รับเงินชดเชยงานก่อสร้างดังกล่าว ต้องเป็นกรณีที่สัญญาที่ทำกันนั้นระบุไว้ว่าเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งการทำสัญญาระบุไว้เช่นนั้นก็เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้คาดหมายไว้ล่วงหน้าแล้วว่า อาจเกิดเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปขึ้นหลังจากการทำสัญญาซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้มีความแตกต่างกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญากรณีเหตุการณ์ภายหลังทำสัญญาเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเป็นการนอกเหนือความคาดหมาย หรือคู่สัญญาไม่ได้คาดคิดไว้ในขณะทำสัญญา โดยเจตนารมณ์ของการนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้รับจ้างไทย ที่ได้รับความเดือดร้อนไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ในช่วงที่เกิดวิกฤตการณ์ขาดแคลนวัสดุก่อสร้างและมีราคาสูงขึ้นตลอดจนเป็นการช่วยลดความเสี่ยงของผู้รับจ้างและป้องกันมิให้ผู้รับจ้างบอกราคาเพื่อการเปลี่ยนแปลงราคาวัสดุไว้ล่วงหน้าสูงเกินควร รวมทั้งเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งกรณีที่มีการนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ดังกล่าวนี้ คู่สัญญาได้คาดหมายไว้แล้วว่าจะมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังทำสัญญา กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่ลักษณะของหลัก *clausula rebus sic stantibus*

กรณีที่พฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากทำสัญญาและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินกว่าที่คาดหมายไว้ อันเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองคู่สัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้น ปรากฏตัวอย่างคำวินิจฉัย ดังนี้

: คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 101/2526 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องทุกข์ขอให้กรมอาชีวศึกษาต่ออายุสัญญาก่อสร้างวิทยาลัยเกษตรกรรมกำแพงเพชรและวิทยาลัยเกษตรกรรมพิจิตร เนื่องจากในระหว่างการก่อสร้างปรากฏว่า ไม้ประกอบฝ้า กระเบื้องฝ้า และระแนงฝ้าซึ่งต้องใช้เป็นจำนวนมาก ผู้ร้องทุกข์ไม่สามารถจัดหาได้เพราะหายากและไม่มีจำหน่ายในท้องตลาด แม้แต่องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ก็ไม่อาจจัดหาไม่ตามกำหนดขนาดให้ได้ และกรมอาชีวศึกษาไม่อนุมัติให้เปลี่ยนแปลงรูปแบบและรายการเพราะทำให้ทางราชการเสียเปรียบ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่า ไม้ที่ใช้ในการก่อสร้างโครงสร้างหลังคามีไม้หาไม่ได้ตามที่

ผู้ร้องทุกข์อ้างมา เป็นแต่เพียงอาจจะหาได้ด้วยความยากลำบากเท่านั้น โดยกรณีนี้การที่ไม่หายาก มิได้เกิดขึ้นโดยกะทันหัน เช่น มีการปิดป่า เป็นต้น และในที่สุดผู้ร้องทุกข์ก็หาไม่มาทำการก่อสร้าง ได้ กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุสุดวิสัย⁴⁰ มีมติให้ยกเรื่องร้องทุกข์นี้

จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวพิจารณาสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของผู้สัญญาในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงภายหลังจากการทำสัญญา โดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะทำให้ผู้สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่ หากไม่ใช่เหตุสุดวิสัยผู้สัญญาก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาต่อไป แม้การปฏิบัติตามสัญญานั้น จะมีความยากลำบากก็ตาม โดยจากข้อพิพาทดังกล่าวคณะกรรมการฯ ไม่ยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยต่ออายุสัญญา เนื่องจากเห็นว่าแม้การปฏิบัติราชการจะยากลำบาก แต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ ดังนั้น ผู้สัญญาจึงต้องผูกพันกันตามสัญญาเดิมต่อไป

: คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 10/2531 เอกชนผู้สัญญาฯ ร้องทุกข์ว่า ในการก่อสร้างคลองส่งน้ำเขาดคอนกรีตซึ่งผู้ร้องทุกข์เป็นผู้สัญญากับสำนักงานพลังงานแห่งชาติ นั้น ปรากฏว่าปริมาณงานในใบเสนอราคาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้กำหนดการก่อสร้างงานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยไว้จำนวน 62 ฐาน แต่ในทางปฏิบัติจริงจะต้องก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยถึง 120 ฐานถึงจะสามารถวางท่อส่งน้ำข้ามห้วยได้ตามสัญญา ผู้ร้องทุกข์ได้ชี้แจงให้สำนักงานพลังงานแห่งชาติทราบและขอสงวนสิทธิที่จะเพิ่มเวลาดำเนินการและค่างานตามสมควรเพราะเป็นการเพิ่มงานแก่ผู้ร้องทุกข์ แต่สำนักงานพลังงานแห่งชาติแจ้งว่า สำนักงานงบประมาณไม่อนุมัติให้เพิ่มเงินค่าก่อสร้างเนื่องจากผู้ร้องทุกข์มีหน้าที่ต้องทำการก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำจนเสร็จสมบูรณ์ตามสัญญา คณะกรรมการเห็นว่า กรณีนี้น่าเชื่อตามรายการก่อสร้างที่ระบุจำนวนฐานไว้ชัดเจนในใบเสนอราคา จึงเป็นกรณีที่ผู้สัญญาได้ทำสัญญากันโดยมีเจตนาตรงกันว่าจะมีฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วยเพียง 62 ฐานดังที่บริษัทผู้ออกแบบระบุไว้ เมื่อปรากฏว่าความสำเร็จของงานตามสัญญาว่าจ้างรายนี้อยู่ที่การวางท่อส่งน้ำ แต่การที่จะทำการจนสำเร็จนั้นมียานที่อยู่นอกเหนือจากความเข้าใจที่มีต่อกันมาแต่เดิม กรณีจึงเป็นการเพิ่มงานจากที่เคยตกลงกันไว้และมีใบรายละเอียดอันไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ผู้รับจ้าง

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 คำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่า เหตุใด ๆ อันเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี ไม่มีใครอาจจะป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร อันพึงคาดได้จากบุคคลนั้นในฐานะเช่นนั้น

จะต้องทำให้โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายตามข้อกำหนดในสัญญา หากสำนักงานพลังงานแห่งชาติประสงค์จะให้ผู้ร้องทุกข์วางท่อส่งน้ำจนสำเร็จตามแบบแปลนจึงต้องเพิ่มงานและเพิ่มเวลาให้แก่ผู้ร้องทุกข์ ดังนั้น การที่บังคับให้ผู้ร้องทุกข์ดำเนินการก่อสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำที่ยังขาดอยู่ต่อไปโดยไม่เพิ่มเงินและเวลาจึงไม่ถูกต้อง คณะกรรมการจึงมีมติให้สำนักงานพลังงานแห่งชาติถือปฏิบัติตามสัญญาต่อไป โดยถ้าประสงค์จะเพิ่มงานก็ต้องพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงในสัญญา โดยเพิ่มเงินและเพิ่มเวลาตามส่วนที่เป็นจริงต่อไป

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผลสำเร็จของงานในกรณีนี้มีส่วนที่อยู่นอกเหนือความเข้าใจของคู่สัญญา ซึ่งหากต้องการให้งานสำเร็จตามสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินกว่าที่ได้คาดหมายไว้และไม่เป็นธรรมกับเอกชนคู่สัญญา กรณีดังกล่าวจึงต้องมีการแก้ไขสัญญาโดยเพิ่มเงินและเวลาเพื่อให้เอกชนสามารถปฏิบัติงานตามสัญญาต่อไปได้ ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเพื่อให้งานตามสัญญาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะสำเร็จลงได้

: คำวินิจฉัยคณะกรรมการร้องทุกข์ที่ 12/2524 กรณีผู้ร้องทุกข์ร้องว่าได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาหลักสูตรกับกรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งเอกสารประกอบสัญญามีข้อความคนละแนวทาง โดยข้อหนึ่งให้การก่อสร้างอาคารใช้เสาเข็มยาว 23 เมตร แต่อีกข้อหนึ่งกำหนดให้ตอกเสาเข็มลงจนรับน้ำหนักได้เท่าที่กำหนด (มีการตอก blow count) ตามวิธีการที่กำหนดไว้ 50 ครั้ง โดยไม่ทรุดลงอีก ปรากฏว่า เมื่อดำเนินการจริงในบริเวณก่อสร้างมีชั้นดินเหลวอยู่ข้างล่างโดยคูกรณีไม่ทราบมาก่อน ทำให้ดินไม่สามารถรับน้ำหนักได้ต้องเพิ่มความยาวเสาเข็มเป็น 25.5 เมตร และ 28 เมตร หน่วยงานทางปกครองจึงสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของเสาเข็มแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้เดิมในสัญญา ทำให้ผู้ร้องทุกข์ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มอีก แต่หน่วยงานทางปกครองไม่ยอมเพิ่มเงินค่าเสาเข็มให้ จึงร้องทุกข์ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณา ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า เรื่องนี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า การที่กรมวิชาการสั่งให้ผู้ร้องทุกข์เพิ่มความยาวของเสาเข็มจากแบบรูปตามที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น จะถือเป็นการเพิ่มงานอันมีผลทำให้ต้องเพิ่มเงินให้แก่ผู้ร้องทุกข์ตามข้อสัญญาที่ว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบและรายการเดิมได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญา โดยจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ในส่วนของการที่เพิ่มหรือลดหรือไม่นั้น จากข้อความในสัญญา แสดงว่าต้องทำให้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนด หากตกลงไปแล้วสามารถรับน้ำหนักได้พอก็ตัดเสาเข็มที่เกิน แต่ถ้าตอกไปแล้ว

รับน้ำหนักไม่ได้ก็ต้องเพิ่มความยาวเสาเข็มจนรับน้ำหนักได้ตามที่กำหนด มิฉะนั้น ข้อกำหนดการรับน้ำหนัก blow count 50 ครั้งจะไร้ผล กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช้การเพิ่มงาน จึงไม่สามารถขอเพิ่มเงินค่าจ้าง แต่กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อย เห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพดินอ่อนในชั้นถัดไปไม่ได้เป็นสิ่งที่รู้กันมาก่อนระหว่างคู่กรณี เพราะเป็นดินอ่อนตัวเฉพาะบริเวณพื้นที่ก่อสร้างมิใช่พื้นที่ในบริเวณนั้นทั้งหมด กรณีย่อมอยู่นอกเหนือการคาดหมายแต่เดิมของคู่กรณี เมื่อเนื้องานเพิ่มขึ้นก็ต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นตามส่วน ซึ่งนายกรัฐมนตรีได้พิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นี้แล้วมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมของหน่วยงานทางปกครอง โดยให้จ่ายเงินเพิ่มให้ตามความเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายเสียงข้างน้อย

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ฝ่ายเสียงข้างน้อย แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* อย่างชัดเจน โดยพิจารณาถึงเหตุที่เกิดขึ้นว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้คาดหมายไว้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักขึ้นจากเหตุดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายเงินเพิ่มขึ้นตามส่วน โดยกรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับทฤษฎีการรับภาระติดพันซึ่งมิได้ระบุไว้ในสัญญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกรณีที่มีข้อยุ่งยากเกี่ยวกับเนื้อหาในการปฏิบัติงานซึ่งมีผลให้เอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระเพิ่มขึ้น และยอมมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนเพื่อการนี้ได้

นอกจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการร้องทุกข์แล้ว ยังปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญา และทำให้คู่กรณีต้องรับภาระหนักขึ้น ดังนี้

: คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1481/2549 กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งทำสัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นกับการประปาส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดี) ฟ้องว่า ในระหว่างระยะเวลาก่อสร้างมีอุปสรรคเนื่องจากกระแสน้ำในคลองพระปรังบริเวณที่จะก่อสร้างไหลเชี่ยว ผู้ฟ้องคดีได้ใช้วิธีการทำคันดินเพื่อปิดกั้นหรือเบี่ยงเบนทิศทางของกระแสน้ำ แต่ก็ไม่สามารถปิดกั้นหรือเบี่ยงเบนทิศทางของกระแสน้ำได้ ซึ่งวิศวกรของผู้ฟ้องคดีและจากกรมชลประทานมีความเห็นว่าจะไม่สามารถทำการก่อสร้างได้หากไม่มีการกั้นน้ำหรือก่อสร้างคันกั้นน้ำ และต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ผู้ฟ้องคดีจึงแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอยุติงานและขอแก้ไขแบบแปลนก่อสร้างฝายน้ำล้น รวมทั้งขอให้ปรับปรุงงบประมาณการก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้มีหนังสือแจ้งตอบแต่อย่างใด และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีได้บอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงได้ฟ้องต่อศาลขอให้มีการสั่งให้การบอกเลิกสัญญาเป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำแบบคันกั้นน้ำที่มีประสิทธิภาพเพื่อแนบประกอบสัญญาและเพิ่มเติมงบประมาณการก่อสร้างให้เหมาะสม

ซึ่งศาลเห็นว่า กรณีดังกล่าวผู้ฟ้องคดีไม่สามารถก่อสร้างตามสัญญาได้แล้วเสร็จตามเวลา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามเงื่อนไขของข้อกำหนดในสัญญา การที่ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างได้ในปริมาณที่น้อยมาก และได้มีหนังสือแจ้งว่าไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จได้หากไม่มีการแก้ไขแบบแปลนและเพิ่มค่าจ้าง ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุสนับสนุนที่เพียงพอให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ดุลพินิจบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้แล้ว ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้ดำเนินการหาคู่สัญญารายใหม่ที่สามารถทำงานก่อสร้างงานนี้ให้เสร็จไปได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีอาจแก้ไขปรับปรุงข้อกำหนดของสัญญารวมทั้งวงเงินค่าจ้างให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงและปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการบอกเลิกสัญญานอกจากจะเกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกฟ้องคดีและส่วนรวมแล้ว ยังเกิดประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีที่ไม่ต้องผูกพันก่อสร้างฝ่ายนำล้มโดยมีวงเงินค่าจ้างตามสัญญาเดิมซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่สามารถทำได้ด้วย ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำโดยชอบแล้ว สำหรับการที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีควรใช้สิทธิแก้ไขสัญญาโดยแก้ไขแบบแปลนก่อสร้างและเพิ่มวงเงินงบประมาณตามที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ นั้น เห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อผูกพันตามสัญญาข้อใดที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องดำเนินการดังกล่าว โดยข้อกำหนดในสัญญากำหนดเพียงว่า สัญญาหรือข้อตกลงที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งต้องพิสูจน์ให้เห็นและมีหลักฐานที่เชื่อถือได้ ข้อกำหนดนี้มิได้บังคับผู้ถูกฟ้องคดีให้ต้องแก้ไขสัญญาที่ทำขึ้นเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีคำขอแต่อย่างใด อีกทั้งการแก้ไขสัญญาตามข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีก็ไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าว เนื่องจากจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น แต่ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องเสียประโยชน์ด้วยการต้องจ่ายค่าจ้างเพิ่มให้แก่ผู้ฟ้องคดี ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่แก้ไขสัญญาและใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงเป็นการกระทำโดยชอบแล้ว

ในคดีดังกล่าวศาลเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อสัญญาใดที่กำหนดให้หน่วยงานต้องแก้ไขสัญญา เว้นแต่การแก้ไขจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ ซึ่งจะมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันซึ่งมีบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการที่จะขอให้อีกฝ่ายแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ และหากตกลงกันไม่ได้ก็มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลได้

นอกจากนี้ ในคดีดังกล่าว ศาลพิจารณการเสียประโยชน์ของทางราชการเพียงการจ่ายค่าจ้างเพิ่มเท่านั้น ซึ่งการเสียประโยชน์ของทางราชการน่าจะพิจารณาถึงการที่การดำเนินการก่อสร้างจะล่าช้าออกไป เนื่องจากการหาผู้รับจ้างรายใหม่และต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ

จัดหาผู้รับจ้างรายใหม่มาประกอบด้วย ซึ่งผลเสียแก่ทางราชการน่าจะมีมากกว่าการแก้ไขสัญญา และจ่ายค่าจ้างเพิ่มให้แก่ผู้รับจ้างเดิม และจากคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลไม่ยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในการที่จะให้ผู้สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาดังกล่าว โดยศาลยึดถือตามข้อกำหนดในสัญญาอย่างเคร่งครัด

อย่างไรก็ตาม ในคดีดังกล่าว ตุลาการผู้แถลงคดีได้มีความเห็นที่แตกต่างจาก ตุลาการเจ้าของสำนวนและองค์คณะ โดยปรากฏเหตุผลในคำแถลงการณ์ที่น่าสนใจ ดังนี้

วัตถุประสงค์ของสัญญาในคดีนี้ คือ การสร้างฝายน้ำล้นบริเวณคลองพระปรอง ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างตระหนักดีว่า การก่อสร้างจะต้องกระทำในฤดูที่มีน้ำน้อย ซึ่งเมื่อผู้ฟ้องคดีได้เริ่มงานก็พบว่าแม้จะเป็นช่วงฤดูที่มีน้ำน้อย แต่กระแสน้ำในคลองพระปรอง ก็มีกำลังแรงเกินกว่าที่ผู้ฟ้องคดีจะก่อสร้างฝายน้ำล้นได้ตามที่คาดคะเนไว้ แต่เหตุดังกล่าวก็ไม่ได้ถึงขนาดเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะทำให้ผู้ฟ้องคดีหลุดพ้นความรับผิดตามสัญญา และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเข้าใจตรงกันว่า ผู้ฟ้องคดีจะก่อสร้างฝายน้ำล้นให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อได้ทำคันกั้นน้ำที่มีประสิทธิภาพเพื่อกั้นหรือเบี่ยงเบนกระแส น้ำเสียก่อนเท่านั้น และการนี้ ผู้ฟ้องคดีได้คำนวณแล้วพบว่า การก่อสร้างคันกั้นน้ำดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูงเกินกว่าจำนวนที่ ผู้ฟ้องคดีจะยินยอมรับภาระได้ภายในวงเงินที่กำหนดไว้ตามสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก ข้อเท็จจริงในสำนวนคดีแล้วน่าจะเชื่อว่าการก่อสร้างคันกั้นน้ำดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูงเกินกว่าจำนวนที่ ผู้ฟ้องคดีจะยินยอมรับภาระได้ภายในวงเงินที่กำหนดไว้ตามสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการปฏิบัติตามสัญญา กรณีดังกล่าวจึงถือเป็น “เหตุอันมิอาจ คาดหมายได้” (*l'imprévision*) เพราะเป็นเหตุที่สร้างภาระให้แก่คู่สัญญาเกินกว่าเจตนาในสัญญา อันทำให้การปฏิบัติตามสัญญาของผู้ฟ้องคดีทำได้ยากขึ้นหรือมีภาระมากขึ้นเป็นอย่างมาก ซึ่งโดยหลักแล้ว เหตุอันมิอาจคาดหมายดังกล่าวหากเกิดเพียงชั่วคราว หน่วยงานทางปกครอง ซึ่งเป็นคู่สัญญาจะมีหน้าที่ชดเชยค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับภาระที่เพิ่มขึ้นนั้น โดยรวดเร็ว ทั้งนี้ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง แต่เนื่องจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในคดีนี้มีลักษณะถาวรต่อเนื่องกันไป เนื่องจากกระแส น้ำในคลองพระปรองในฤดูอื่นก็ย่อมต้องมีกำลังแรงเพิ่มขึ้นกว่าในช่วงฤดูน้ำน้อย ซึ่งจะเป็นอุปสรรค ต่อการก่อสร้างฝายน้ำล้นตามสัญญาตลอดไป ดังนั้น โดยหลักกฎหมายปกครองแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จำต้องร่วมตกลงกันเพื่อแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับภาระที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวต่อไป แต่หาก ตกลงกันไม่ได้ คู่สัญญาก็มีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล เพื่อขอให้มีการพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิก สัญญาดังกล่าวต่อไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขสัญญาโดยเพิ่ม แบบคันกั้นน้ำและเพิ่มค่าทดแทนสำหรับภาระที่เพิ่มขึ้นแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ดำเนินการใด ๆ

แต่กลับร้องขอให้ผู้ฟ้องคดีจัดการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นโดยเสียค่าใช้จ่ายของผู้ฟ้องคดี อันเป็นเหตุให้การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคตามวัตถุประสงค์ของสัญญาเกิดการหยุดชะงักไม่ต่อเนื่อง และทำให้ผู้ฟ้องคดีตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา จากนั้นจึงอาศัยข้อกำหนดในสัญญาบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี ซึ่งการที่ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทำงานตามสัญญาได้นั้น เนื่องจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ มิใช่เกิดจากความบกพร่องของผู้ฟ้องคดีและหาใช่เป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องรับภาระแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยเสียค่าใช้จ่ายของผู้ฟ้องคดีเองแต่อย่างใดไม่ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวเป็นราคาที่รวมอยู่ในราคาตามสัญญาแล้ว จึงไม่ประสงค์จะสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำงานดังกล่าวเป็นงานพิเศษตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและได้บอกเลิกสัญญาโดยมิได้ช่วยเหลือและแก้ไขปัญหาดังกล่าว แต่กลับผลักภาระทั้งหมดให้แก่ผู้ฟ้องคดี การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีมิได้ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้แก้ไขเยียวยาความเสียหายโดยการให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าสินไหมทดแทน แต่มีคำขอให้ศาลพิพากษาให้การบอกเลิกสัญญาเป็นโมฆะ และขอให้สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีเพิ่มแบบคั่นกันน้ำพร้อมทั้งเพิ่มเติมงบประมาณไว้ในสัญญาซึ่งเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจออกคำสั่งบังคับให้ได้เนื่องจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นมูลเหตุแห่งการพิจารณาในคดีนี้ได้ถูกบอกเลิกไปแล้ว จึงมีผลทำให้สัญญาดังกล่าวสิ้นสุดลง ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใดเพื่อให้สัญญาดังกล่าวกลับฟื้นคืนขึ้นมาใหม่ได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะอำนาจในการบอกเลิกสัญญาโดยหน่วยงานทางปกครองเป็นเอกสิทธิ์เด็ดขาดของฝ่ายปกครองซึ่งถือว่ากระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น แม้ว่าศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบว่าการบอกเลิกสัญญาของหน่วยงานทางปกครองนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือชอบด้วยกฎหมายในประการอื่นหรือไม่ก็ตาม แต่การแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งใด ๆ อันเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ได้ ก็จำกัดแต่เฉพาะการพิจารณาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาหรือผิดสัญญาแต่ไม่ถึงขนาดที่จะต้องบอกเลิกสัญญา หรือการบอกเลิกสัญญาเป็นไปโดยไม่ชอบเพราะไม่ได้บอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยเหตุประการอื่นเท่านั้น ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาหรือมีคำขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงไม่อาจมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีนี้ได้

จากคำแถลงการณ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าตุลาการผู้แถลงคดีมีแนวทางที่ยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในสัญญาทางปกครอง โดยเห็นว่า เป็นกรณีที่มีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ซึ่งคู่สัญญาควรต้องตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในลักษณะที่พยายามคงไว้ซึ่งผลผูกพันตามสัญญา โดยให้มีการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวก่อน หากไม่สามารถตกลงกันได้จึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้ยกเลิกสัญญาดังกล่าวต่อไป แต่กรณีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้บอกเลิกสัญญาไปแล้ว ซึ่งแม้ศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว แต่หากปรากฏว่าการบอกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็มีอำนาจเพียงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว เนื่องจากศาลเห็นว่าอำนาจในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองเป็นเอกสิทธิ์เด็ดขาดของฝ่ายปกครอง โดยศาลมีอำนาจเพียงสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้น ซึ่งหากไม่มีคำขอศาลก็ไม่อาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ นอกจากนี้ คำขอให้มีการแก้ไขสัญญาในการจัดทำคั่นกันน้ำและเพิ่มงบประมาณก็เป็นอันตกไปโดยปริยาย เนื่องจากได้มีการบอกเลิกสัญญาแล้ว ซึ่งคำแถลงการณ์ดังกล่าวเดินตามแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัด

: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.228/2550 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนริมตลิ่งแม่น้ำจำนวน 2 ฉบับ ฟ้องเทศบาลเมืองพิจิตร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ขยายเวลาการทำงานตามสัญญาและคืนเงินค่าปรับที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หักเงินค่าจ้างตามสัญญา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณีที่เกิดพายุไซร่อนหูก่วงพัดผ่านประเทศไทยทำให้น้ำในแม่น้ำน่านบริเวณสถานที่ก่อสร้างมีระดับน้ำสูงมากเป็นเหตุสุดวิสัยซึ่งเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติงาน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีขยายระยะเวลาการก่อสร้างตามสัญญาโดยชี้แจงว่ากรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 นั้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในช่วงระหว่างวันที่ 5 ถึงวันที่ 11 กันยายน 2543 ได้มีพายุไซร่อนหูก่วงพัดผ่านประเทศไทยทำให้มีฝนตกในจังหวัดพิจิตร และระดับน้ำในแม่น้ำน่านจากรายงานของศูนย์อุทกวิทยาและบริหารน้ำภาคเหนือตอนล่างจังหวัดพิษณุโลกในช่วงเดือนกันยายนตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 ย้อนหลังไป 10 ปี แล้วเห็นว่าการที่ระดับน้ำในแม่น้ำน่านมีระดับน้ำสูงในช่วงเดือนกันยายนและสิ้นท่อมบริเวณเดียวกับสถานที่ก่อสร้างเป็นเหตุการณ์ธรรมชาติ

ที่เกิดขึ้นตามปกติ ไม่อยู่นอกเหนือการคาดหมายแต่เดิมของผู้ฟ้องคดี และถึงแม้ว่าจะมีพายุไซนร้อนหวู่คงพัดผ่านในช่วงเวลาดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาก็ตาม แต่การเกิดพายุดังกล่าวมิได้ส่งผลให้ระดับน้ำในแม่น้ำน่านมีระดับที่สูงขึ้นจนผิดปกติแตกต่างจากปีก่อน ๆ ประกอบกับไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเกิดน้ำท่วมฉับพลันและเกิดอุทกภัยบริเวณสถานที่ก่อสร้างในช่วงระหว่างวันที่ 5 ถึงวันที่ 11 กันยายน 2543 ดังนั้น กรณีที่มีพายุไซนร้อนหวู่คงพัดผ่านประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 5 ถึงวันที่ 11 กันยายน 2543 ซึ่งทำให้น้ำในแม่น้ำน่านมีระดับที่สูงขึ้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่อยู่นอกเหนือการคาดหมายของผู้ฟ้องคดีที่จะใช้ความระมัดระวังและป้องกันปัญหาหรืออุปสรรคในการทำงานก่อสร้างตามวิสัยของผู้มีอาชีพด้านการก่อสร้างได้ตามข้อกำหนดของสัญญาทั้งสองฉบับ ประกอบกับข้อ 132 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น เมื่อผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานตามสัญญาทั้งสองฉบับล่าช้ากว่าเวลาที่กำหนดผู้ฟ้องคดีจึงต้องเสียค่าปรับให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา พิพากษาให้ยกฟ้อง

กรณีดังกล่าวศาลเห็นว่า เหตุอันเป็นอุปสรรคที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาไม่ใช่เหตุที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามปกติเป็นประจำซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรทราบตามวิสัยของผู้มีอาชีพด้านการก่อสร้าง กรณีดังกล่าวจึงไม่อาจฟ้องขอให้แก้ไขสัญญาโดยขยายระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญาได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องเสียค่าปรับตามข้อกำหนดในสัญญา เนื่องจากส่งมอบงานล่าช้า พิจารณาในทางกลับกัน หากกรณีที่เกิดขึ้นเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญา กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยซึ่งใช้อ้างเป็นเหตุในการขอแก้ไขสัญญา โดยการต่ออายุสัญญาหรือขยายระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญาได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า เหตุสุดวิสัยในกรณีนี้ไม่ได้ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย แต่ทำให้การชำระหนี้เป็นไปด้วยความยากลำบากในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ มีกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้อ้างเพื่อขอแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยการขยายระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังนี้

: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 260/2552 ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่ว่าการอำเภอบันนังสตา จังหวัดยะลา กับจังหวัดยะลา (ผู้ถูกฟ้องคดี) ซึ่งในสัญญาจ้างดังกล่าวได้กำหนดว่าถ้าผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลาหรือไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา ผู้ว่าจ้างมีสิทธิยกเลิกสัญญาและจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ รวมทั้งริบหลักประกันสัญญาได้ ภายหลังจากที่ทำสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำงานภายในเวลาที่

กำหนด และขอสงวนสิทธิขยายระยะเวลาการก่อสร้างโดยอ้างว่าสถานการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นในภาคใต้ทำให้แรงงานไม่ยอมเข้าทำงานในพื้นที่ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่า เหตุดังกล่าวไม่ใช่เหตุที่อาจขอขยายเวลาได้ จึงได้ขอให้ผู้ฟ้องคดีเร่งก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามสัญญา แต่ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้เข้าดำเนินการก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้างและขอสงวนสิทธิการรับหลักประกันสัญญา หลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีได้อนุมัติให้อำเภอบันนังสตาดำเนินการจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวโดยวิธีพิเศษแต่ไม่มีผู้ประกอบการรายใดสนใจรับงานดังกล่าว ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เหตุการณ์ความไม่สงบในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ทำให้คนงานไม่กล้าเข้าไปทำงานในพื้นที่ เป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ฟ้องคดี โดยเห็นว่าเหตุการณ์ความไม่สงบในพื้นที่ในช่วงที่มีการประกวดราคายังมีสถานการณ์ไม่รุนแรงมากนัก แต่ภายหลังสถานการณ์มีความรุนแรงขึ้นต่อเนื่องตลอดเวลา จึงเป็นเหตุการณ์ที่เหลือวิสัยที่ผู้ฟ้องคดีจะคาดการณ์ได้ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ยกเลิกการรับหลักประกันสัญญา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 139 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญาหรือขยายระยะเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนที่มีเหตุเกิดขึ้นจริงเฉพาะกรณีดังต่อไปนี้ (1) เหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการ (2) เหตุสุดวิสัย (3) เหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดียอมรับว่าได้เกิดเหตุการณ์ความไม่สงบในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้จริง กรณีจึงมีเพียงปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเหตุการณ์ดังกล่าวมีความรุนแรงจนเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถจัดหาคนงานเข้าทำงานในพื้นที่ก่อสร้างได้จริงหรือไม่ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการสำรวจแล้วพบว่า ผู้ประกอบการรับเหมาเกือบทั้งหมดอยู่ในข่ายได้รับผลกระทบการขาดแคลนแรงงานจากปัญหาความไม่สงบที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีก็ปรากฏว่าไม่มีผู้ประกอบการรายใดสนใจที่จะรับงานก่อสร้างดังกล่าว โดยต่างให้เหตุผลว่า พื้นที่ก่อสร้างเป็นพื้นที่ล่อแหลมเสี่ยงภัย คนงานก่อสร้างไม่กล้าเข้าทำงานหรือพักอาศัยในสถานที่ก่อสร้าง ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นมีความรุนแรง จนเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรับเหมาซึ่งรวมทั้งผู้ฟ้องคดีประสบปัญหาการขาดแคลนแรงงานที่จะเข้าทำงานในพื้นที่ก่อสร้างจริง ประกอบกับเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ที่ผู้ฟ้องคดีไม่อาจป้องกันได้ แม้จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร อันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นผู้ฟ้องคดี กรณีจึงถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ตามนัยข้อ 139 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และของ

สัญญาจ้าง เมื่อผู้ฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งเหตุสุดวิสัยดังกล่าวให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบและขอขยายระยะเวลาการก่อสร้างตามสัญญาจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีขอที่จะพิจารณาขยายระยะเวลาให้แก่ผู้ฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่พิจารณาขยายระยะเวลาและบอกเลิกสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีรวมทั้งรับเงินหลักประกันจากธนาคารผู้ค้ำประกัน จึงเป็นการไม่ชอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

จากคดีดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่า หลัก *clausula rebus sic stantibus* ได้แฝงตัวอยู่ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในกรณีของเหตุสุดวิสัย ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอแก้ไขสัญญาโดยการขยายระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญา และการงดหรือลดค่าปรับตามสัญญาได้ โดยต้องเป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการคาดหมายของคู่สัญญา และทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความยากลำบากซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายดังกล่าว โดยศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญาและกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญา อันจะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยตามระเบียบดังกล่าวหรือไม่

4.3.2 กรณีที่พฤติการณ์อันเป็นข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป

กรณีที่มีข้อเท็จจริงว่าภายหลังจากการทำสัญญาได้มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากการออกกฎหมายใหม่ ซึ่งมีผลกระทบต่อกรปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอันทำให้ประโยชน์ของฝ่ายนั้นลดลงอย่างมาก หากคู่สัญญาตกลงกันแก้ไขข้อสัญญาให้สอดคล้องกับกฎหมายใหม่ที่ออกมาได้ก็คงไม่มีปัญหา แต่หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมและมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง กรณีดังกล่าวมีตัวอย่างคำวินิจฉัย ดังนี้

: คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 646/2545 กรณีบริษัทโทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (ผู้ฟ้องคดี) ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ยื่นฟ้ององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เพื่อขอให้ศาลสั่งแก้ไขข้อตกลงระหว่าง ทศท. กับ กสท. และผู้ฟ้องคดีในเรื่องการคิดค่าเชื่อมโยงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้สอดคล้องกับหลักการคิดค่าตอบแทนในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแบบสากลและแก้ไขสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ อันประกอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งให้ความคุ้มครอง

แก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมว่าจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม ระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคม และให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เท่าเทียมและไม่เลือกปฏิบัติ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกข้อตกลงซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าขัดกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และทำความเข้าใจกับผู้ฟ้องคดี ให้สอดคล้องกับกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองกลางเห็นว่า คู่สัญญาทางปกครองที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามได้ก็เฉพาะแต่การขอให้ศาลสั่งให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือกระทำการหรืองดเว้นการกระทำตามที่สัญญาทางปกครองหรือกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองกำหนดให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นปฏิบัติ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) เท่านั้น เมื่อคำขอของผู้ฟ้องคดีมิได้ขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แต่ขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามแก้ไขข้อตกลงดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกข้อตกลงซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าขัดกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และทำความเข้าใจกับผู้ฟ้องคดีให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงเป็นคำขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาลที่จะกำหนดได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้และศาลไม่อาจรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาได้

: คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) คดีนี้บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) (ผู้ฟ้องคดี) ได้ทำสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) เมื่อปี 2535 ต่อมา เมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แล้ว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผลของกฎหมายดังกล่าวทำให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเปลี่ยนแปลงเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่งเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในสถานะที่มีเสรีภาพในการแข่งขันเท่าเทียมกันกับผู้ถูกฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดียังคงอ้างอำนาจตามสัญญาดังกล่าว บางข้อซึ่งมีลักษณะที่ขัดต่อหลักการแข่งขันอย่างเสรี เท่าเทียมและเป็นธรรม จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ จึงฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาและค่าบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีงดเว้นการใช้สิทธิบางประการตามสัญญา หรือให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใด

ทำหน้าที่ต่าง ๆ ตามสัญญาแทนผู้ฟ้องคดีนั้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำขอดังกล่าวถือได้ว่าเป็นคำขอให้ศาลปกครองกำหนดค่าบังคับให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือหรือแตกต่างไปจากที่ผู้สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งศาลไม่อาจมีค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำวินิจฉัยทั้งสองคดีดังกล่าว วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน โดยศาลปฏิเสธที่จะวินิจฉัยให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับใหม่ ทั้งที่หน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ต้องผูกพันกับกฎหมาย และการเปลี่ยนแปลงไปของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง ซึ่งกรณีดังกล่าว มีความแตกต่างจากในระบบกฎหมายของเยอรมัน โดยในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของบทบัญญัติกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ แต่จากคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้เอกชนคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทยไม่ได้รับการคุ้มครองจากองค์กรตุลาการที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดยทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งถูกปฏิเสธเนื่องจากปัญหาของการออกคำสั่ง

แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีคดีพิพาทระหว่างทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี กับบริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เดิม) ผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญาร่วมกิจการและร่วมลงทุนฯ ข้อ 37 โดยโอนอำนาจหน้าที่อันเป็นของผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาไปเป็นของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยข้อ 37 ของสัญญา กำหนดว่า ในกรณีสถานภาพของ ทศท. เปลี่ยนแปลงไป อำนาจหน้าที่อันเป็นของ ทศท. รวมทั้งอำนาจในการกำหนดมาตรฐานการบำรุงรักษาจะไม่โอนไปเป็นของเอกชนใดจนสามารถมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมผู้ฟ้องคดี โดยให้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวของ ทศท. เป็นของกระทรวงคมนาคม เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดียังกระทำการอันเป็นการใช้อำนาจในลักษณะการกำกับดูแลการประกอบกิจการของผู้ฟ้องคดี ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ

โทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ได้กำหนดให้ กทข. มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมในปัจจุบันแทนองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ออกมาใช้บังคับ โดยในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องได้รับใบอนุญาตจาก กทข. และกำหนดให้ กทข. ออกใบอนุญาตให้กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และคู่สัญญาขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย โดยให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัตินี้ และต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ กทข. กำหนด บนพื้นฐานของหลักการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ประกอบกับได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549 กำหนดให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หมายความว่าบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทนั้นตามกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจเพื่อประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งย่อหมายถึงผู้ผูกฟองคืดด้วย ดังนั้นเมื่อผู้ผูกฟองคืดเปลี่ยนสถานะจากรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมแต่เพียงผู้เดียวและเป็นผู้มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมพร้อมกันไปด้วยกลายเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามหลักการและแนวทางของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยเป็นเพียงผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่งเช่นเดียวกับผู้ผูกฟองคืด และมี กทข. เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลแทนผู้ผูกฟองคืดเพื่อให้มีการแข่งขันการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยเสรีและเป็นธรรมแล้ว อำนาจของผู้ผูกฟองคืดในการกำกับดูแลผู้ผูกคืดให้ปฏิบัติตามสัญญาความร่วมมือการงานและร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นอำนาจหน้าที่ของ กทข. จึงหมดสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย นิติสัมพันธ์ของผู้ผูกฟองคืดกับผู้ผูกคืดคงมีเพียงสิทธิเรียกร้องตามสัญญาความร่วมมือการงานและร่วมลงทุนในเรื่องอื่น ๆ ที่มีได้เป็นอำนาจของ กทข. เท่านั้น โดยศาลไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งให้โอนอำนาจหน้าที่ดังกล่าวนี้ไปเป็นของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารตามคำขอของผู้ผูกคืดแต่อย่างใด การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ผูกฟองคืดระงับการใช้อำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมในส่วนซึ่งเป็นอำนาจของ กทข. จึงชอบแล้ว จึงพิพากษายืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.535/2551)

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลได้ยอมรับความเปลี่ยนแปลงไปของสถานะของผู้ผูกฟองคืดโดยผลของกฎหมาย โดยหากคู่สัญญาผูกคืดโดยขอแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งออกมาใช้บังคับใหม่ ศาลจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากไม่อาจออกคำสั่งให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แต่หากเกิดข้อพิพาทขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งไม่เป็นไปตามกฎหมาย และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำคดีมาฟ้องขอให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย กรณีนี้ศาลมีคำพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีข้อสัญญาซึ่งรองรับการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีไว้ จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอให้มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา แต่ในคำพิพากษาศาลกล่าวว่าการดำเนินการของคู่ถูกฟ้องคดีหมดสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย สิทธิเรียกร้องตามสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงคงมีเพียงในเรื่องอื่น ๆ ที่มีได้เป็นอำนาจของ กทช. เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีคำบังคับแต่อย่างใด แม้ข้อสัญญาจะกำหนดให้โอนอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของ ทศท. ไปเป็นของกระทรวงคมนาคมก็ตาม ซึ่งศาลพิพากษาว่าอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีหมดสิ้นไปโดยผลของกฎหมายโดยมิได้กล่าวอ้างถึงข้อกำหนดในสัญญาแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ปราบกฏข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาในคดีที่บริษัท ทรูมูฟ จำกัด ฟ้องบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ซึ่งเป็นคู่สัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ทำข้อตกลงกับ ทศท. โดย ทศท. ยอมให้โครงข่ายวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ที่ผู้ฟ้องคดีทำกับ กสท. เชื่อมต่อกับโครงข่ายโทรคมนาคมของ ทศท. โดยกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีและ กสท. ชำระค่าตอบแทนให้ ทศท. และผู้ฟ้องคดีได้ทำข้อตกลง เรื่อง การคิดค่าเชื่อมโยงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบใช้บัตรจ่ายเงินล่วงหน้า (Prepaid Card) โดยผู้ฟ้องคดี และ กสท. ตกลงจ่ายค่าตอบแทนให้ ทศท. ต่อมา ได้มีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 เพื่ออนุวัติตามรัฐธรรมนูญ โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้จัดตั้งคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ เลขหมาย โทรคมนาคม การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมควบคุมกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยมาตรา 78 กำหนดให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมของ ทศท. รวมทั้งผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจาก ทศท. และ กสท. ให้อยู่ในการกำกับดูแลของ กทช. และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือกฎหมายอื่น หรือตามที่ กทช. กำหนด และต่อได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดให้ กทช. เป็นผู้ที่มีอำนาจจัดสรรเลขหมายโทรคมนาคม โดยมาตรา 79 กำหนดให้ กทช. ออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมให้แก่ ทศท. และ กสท. และมาตรา 80 กำหนดให้ผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจาก ทศท. หรือ กสท. อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวใช้บังคับยังคงมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมต่อไปจนกว่า

การอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง โดยการประกอบกิจการของผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายและเงื่อนไขที่ กทช. กำหนด บนพื้นฐานของหลักการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ในการนี้ให้ถือว่าผู้นั้นมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาต ต่อมา เพื่อให้การประกอบกิจการโทรคมนาคม เกิดการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงสถานะของ ทศท. และ กสท. ให้เป็น บริษัทมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้บริการโทรคมนาคม หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดี ได้รับการจัดสรรหมายเลขโทรคมนาคมสำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จาก กทช. จำนวน 1,500,000 เลขหมาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งข้อมูลเลขหมายโทรคมนาคมดังกล่าว ให้ผู้ถูกฟ้องคดี (ทศท. เดิม) ทราบ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ข้อมูลดังกล่าวจัดทำ Office Data และเปิด Translator เพื่อให้เลขหมายโทรคมนาคมสามารถติดต่อถึงกันได้ แต่ผู้ถูกฟ้องคดี ได้มีหนังสือแจ้งว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่าย (Access Charge) ให้ผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงจะจัดทำ Office Data และเปิด Translator สำหรับเลขหมายโทรคมนาคม ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับการอนุมัติและจัดสรรใหม่จาก กทช. ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ประกาศ และคำสั่ง ของ กทช. ที่เกี่ยวข้อง โดยจัดทำ Office Data และเปิด Translator และเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดีกับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อให้เลขหมายโทรคมนาคมใหม่ จำนวน 1,500,000 เลขหมาย ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุมัติและจัดสรรจาก กทช. และเลขหมาย โทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีสามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้อย่างสมบูรณ์ และห้ามมิให้ ผู้ถูกฟ้องคดีเรียกเก็บค่าตอบแทนภายใต้ข้อตกลงเชื่อมโยงโครงข่าย แต่ให้เรียกเก็บเฉพาะ ค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดและได้รับอนุมัติจาก กทช. ซึ่งใช้กับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมทุกราย และให้คงไว้ซึ่งการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม กันต่อไป รวมทั้งให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดี

ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในส่วนที่ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือ มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีเรียกเก็บค่าตอบแทนภายใต้ข้อตกลงเชื่อมโยงโครงข่าย (Access Charge) แต่ให้เรียกเก็บเฉพาะค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม (Interconnection Charge) ในอัตราที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดและได้รับอนุมัติจาก กทช. ซึ่งใช้กับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม ทุกราย โดยศาลเห็นว่าข้อหาดังกล่าวเป็นข้อหาที่ศาลต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้อง ค่าตอบแทนตามข้อตกลงเชื่อมโยงโครงข่ายที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้เดิม อันเป็นสิทธิเรียกร้องของผู้ถูกฟ้องคดี และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนดังกล่าวแต่ไม่ได้รับชำระ

ผู้ถูกฟ้องคดียอมเป็นฝ่ายถูกโต้แย้งสิทธิและอาจนำข้อพิพาทเข้าสู่การวินิจฉัยของคณะกรรมการการวินิจฉัยข้อพิพาทและคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติและใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลต่อไป ซึ่งหากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนภายใต้ข้อตกลงเดิม ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิไม่ชำระค่าตอบแทนดังกล่าวและอ้างข้อเท็จจริงต่อผู้คดีในชั้นศาลได้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ถูกโต้แย้งสิทธิอันจะเป็นข้อพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ในข้อหานี้ อีกทั้งคำขอในข้อหานี้เป็นคำขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิเรียกร้องในการเก็บค่าตอบแทนภายใต้ข้อตกลงเชื่อมโยงโครงข่าย ซึ่งเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจออกคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องในข้อหานี้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ส่วนข้อหาที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินกิจการโทรคมนาคมอันมีสถานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติโดยไม่เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เลขหมายโทรคมนาคมใหม่ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจัดสรรจาก กทข. สามารถใช้งานได้อย่างสมบูรณ์และให้ชดเชยค่าเสียหายด้วยนั้น ศาลเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาต และสิทธิของผู้ฟ้องคดีซึ่งรวมถึงสิทธิในการจัดหาเลขหมายใหม่เพื่อใช้ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมย่อมได้รับความคุ้มครองให้สามารถดำเนินการได้ต่อไป ทั้งนี้ ตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และมาตรา 80/1 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และเมื่อมีการจัดตั้งคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทข.) แล้ว การจัดสรรเลขหมายโทรคมนาคมจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของ กทข. ตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การที่ กทข. อนุมัติเลขหมายใหม่ให้ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิเชื่อมต่อโครงข่ายหรือดำเนินการอื่นใดเพื่อให้เลขหมายโทรคมนาคมที่ได้รับการจัดสรรใหม่สามารถติดต่อกับเลขหมายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีได้ ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมจึงมีหน้าที่ให้ผู้ฟ้องคดีเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและมีหน้าที่ต้องยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งบัญญัติให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กทข. กำหนด

ซึ่งประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการจัดสรรเลขหมาย โทรคมนาคมชั่วคราวลงวันที่ 2 สิงหาคม 2548 ข้อ 8 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตทุกรายมีหน้าที่ ต้องดำเนินการให้เลขหมายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นสามารถติดต่อกันได้ ในทุกโครงข่าย และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ว่าด้วยการใช้และ เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 18 เมษายน 2549 ข้อ 4 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ต้องให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อ และใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนเพื่อเป็นการเข้าถึงและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมได้ และข้อ 46 วรรคสอง ของประกาศดังกล่าวกำหนดว่า การผิมนัดชำระหนี้ค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมไม่ถือเป็นเหตุให้ผู้รับใบอนุญาตที่ให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม มีสิทธิยกเลิกสัญญา หรือระงับการให้บริการหรือลดคุณภาพของการให้บริการ เว้นแต่จะได้รับการ อนุญาตจากคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติก่อน ตามบทบัญญัติของกฎหมายและ ประกาศดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาต ประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงมีสิทธิขอเชื่อมต่อและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีได้ ไม่ว่าผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจะเคยมีข้อตกลงชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่ายกันหรือไม่ก็ตาม ซึ่งหาก เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่ได้มีสัญญาหรือข้อตกลงต่อกัน การเรียกเก็บ ค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมย่อมเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการ กิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 18 ที่กำหนดให้หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นไปตามที่คู่กรณีเจรจาตกลง และหากไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ ก็ต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ดังกล่าว แต่กรณีของผู้ฟ้องคดีซึ่งมีข้อตกลงชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่ายอยู่เดิมนั้น ปัญหาที่ว่า ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่ายตามข้อตกลงเดิมหรือไม่ และสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดี ที่จะได้รับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายตามข้อตกลงเดิมเป็นข้อตกลงที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือไม่ ย่อมเป็นข้อพิพาทที่แยกต่างหากจากสิทธิการเชื่อมต่อโครงข่ายของผู้ฟ้องคดี และ ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจอ้างการที่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธไม่ชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่ายมาเป็นเหตุในการ ไม่เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้ผู้ฟ้องคดีได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีเชื่อมต่อโครงข่ายโดยจัดทำ Office Data และเปิด Translator เพื่อให้เลขหมายโทรคมนาคมใหม่ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับการอนุมัติใช้งานได้ อย่างสมบูรณ์ และให้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีจำนวน 1 ล้านบาท (ค่าพิพากษา

ศาลปกครองกลางที่ 327/2552) นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 330/2552 ซึ่งบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (แทค) ฟ้องบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ก็ปรากฏข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเดียวกัน

ต่อมา บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ที่ 1 เลขานุการคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ที่ 2 บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (แทค) ที่ 3 และ บริษัท ทูมูฟ จำกัด ที่ 4 ขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และประกาศ กทช. เรื่อง หลักเกณฑ์ในการจัดสรรเลขหมายโทรคมนาคมชั่วคราว ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2548 โดยให้ผู้ฟ้องคดีแจ้งข้อมูลที่ต้องการและจำเป็นในการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ซึ่งเป็นผู้ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทราบ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีย่อมมีหน้าที่ตามประกาศ กทช. ในการดำเนินการจัดทำ Office Data และเปิด Translator เพื่อให้เลขหมายโทรคมนาคมที่ได้รับการจัดสรรใหม่สามารถติดต่อกับเลขหมายโทรคมนาคมในโครงข่ายของผู้ฟ้องคดีได้ โดยศาลเห็นว่า เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ก็ต้องอยู่ภายในบังคับแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ดังกล่าว ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตจึงมีสิทธิขอเชื่อมต่อและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดีได้ ไม่ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 กับผู้ฟ้องคดีจะเคยมีข้อตกลงชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่าย (Access Charge) กันหรือไม่ก็ตาม ซึ่งหากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่ได้มีสัญญาหรือข้อตกลงต่อกัน การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมย่อมเป็นไปตามประกาศ กทช. แต่กรณีของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 มีหน้าที่ชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่ายตามข้อตกลงเดิมหรือไม่ และสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่จะได้รับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายตามข้อตกลงเดิมเป็นข้อตกลงที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 335 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี 2540 หรือไม่ และผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายตามข้อตกลงเดิมหรือต้องแสดงเจตนาตกลงกันใหม่ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลัง ย่อมเป็นข้อพิพาทที่แยกต่างหากจากสิทธิการเชื่อมต่อโครงข่ายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 ปฏิเสธไม่ชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่าย ผู้ฟ้องคดีย่อมไม่อาจนำมาเป็นเหตุในการไม่เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 อันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายได้ โดยเมื่อมีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว หากผู้ฟ้องคดี

เห็นว่าตนมีสิทธิได้รับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายตามข้อตกลงเดิม ผู้ฟ้องคดีก็ต้องใช้สิทธิเรียกร้องหรือใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องค่าเชื่อมโยงโครงข่ายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 ต่อไป โดยเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และที่ 4 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำ Office Data และเปิด Translator เป็นคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางทั้ง 3 คำวินิจฉัยแสดงให้เห็นถึงการแก้ปัญหาในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญา โดยศาลพิพากษาให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ และประกาศของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติซึ่งออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (หรือ ทศท. เดิม) มีหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และประกาศ กทช. แต่ในส่วนของการชำระค่าเชื่อมโยงโครงข่าย (Access Charge) ตามข้อกำหนดในสัญญาเดิมนั้น ศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดียังไม่ถูกโต้แย้งสิทธิอันจะเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกรณีดังกล่าว และคำขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิเรียกร้องในการเก็บค่าตอบแทนการเชื่อมโยงโครงข่ายภายใต้ข้อตกลงเดิม เป็นคำขอที่ศาลไม่อาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องในข้อหานี้

จากกรณีดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ อันเป็นกรณีที่ศาลยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* โดยบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาขึ้นมาสู่ศาล แต่หากยังไม่เกิดข้อพิพาทในการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญานั้น ศาลจะไม่รับคดีไว้พิจารณาโดยเห็นว่าไม่อาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวมีความแตกต่างจากในระบบกฎหมายเยอรมัน ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของบทกฎหมายภายหลังการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ และหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา คู่สัญญาก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ ข้อพิพาทเช่นที่เกิดขึ้นในคดีนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน ผลทางกฎหมายในคดีดังกล่าวย่อมเปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม จากข้อพิพาทดังกล่าว ยังไม่มีคำวินิจฉัยในส่วนที่ว่าสิทธิเรียกร้องตามข้อตกลงในสัญญาเดิมจะมีผลอย่างไรต่อไป เนื่องจากศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดียังไม่ถูกโต้แย้งสิทธิ

ซึ่งกรณีดังกล่าวคงต้องติดตามต่อไปว่าหากผู้ถูกฟ้องคดี (บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน)) มาฟ้องขอให้คู่สัญญาจ่ายค่าเชื่อมโยงโครงข่าย (Access Charge) ตามข้อตกลงเดิม ผลของคดีดังกล่าวจะเป็นอย่างไร

4.4 ผลทางกฎหมายของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

ผลทางกฎหมายของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์ภายหลังการทำสัญญา จนก่อให้เกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองนั้น โดยทั่วไปแล้วก็ต้องมีการเยียวยาหรือชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปแล้วมีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือกรณีที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินไป และกรณีที่ข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปแล้วมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองที่ทำไว้ต่อกัน ซึ่งจำเป็นต้องมีผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งตามมา

4.4.1 กรณีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป

กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อเท็จจริงภายหลังการทำสัญญานี้ อาจแบ่งออกได้เป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา กับกรณีที่มีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปแล้วทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควร

4.4.1.1 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียว

1) ผลของการใช้เอกสิทธิ์ตามข้อกำหนดในกฎหมาย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้สิทธิพิเศษในการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้และบัญญัติให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะซึ่งต้องมีการเยียวยาให้กับผู้ต้องยอมสละประโยชน์บางอย่างเพื่อส่วนรวม ซึ่งผลของการใช้เอกสิทธิ์ตามข้อกำหนดของกฎหมาย ปრაกฏตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คือ

: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.374/2549 กรณีที่กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยอธิบดีกรมป่าไม้ มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน

ระงับการทำให้ไม่ตามสัญญาสัมปทานทำให้ป่าชายเลน และไม่ส่งมอบพื้นที่ป่าให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำไม้ตามสัญญา โดยอ้างว่าเป็นการสั่งการตามมติคณะรัฐมนตรีและเป็นการใช้อำนาจตามสัญญา อันเป็นเหตุทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายต่าง ๆ นั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีโดยอธิบดีกรมป่าไม้มีคำสั่งให้ระงับการทำให้ไม่ตามสัญญา ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินกิจการในสัมปทานส่วนที่เหลือต่อไปได้ ผู้ฟ้องคดีจึงขอที่จะได้รับเงินชดเชยเช่นเดียวกับกรณีพื้นที่สัมปทานทั้งแปลงสิ้นสุดลง โดยศาลจะกำหนดความเสียหายให้ตามความเป็นธรรมแก่คู่กรณี อันได้แก่ ค่าเสียหายในส่วนของเงินลงทุนในการจัดทำทางเดินและทำเทียบเรือ เงินลงทุนในการสร้างเตาเผาถ่าน เงินลงทุนค่าก่อสร้างบ้านพักคนงาน และเงินลงทุนจัดซื้อเครื่องใช้ อุปกรณ์ และยานพาหนะที่ใช้ในการดำเนินกิจการทำให้ไม่ตามเงื่อนไขสัมปทาน ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีนั้น ศาลได้กำหนดโดยคำนึงถึงค่าเสื่อมราคาที่ได้หักไว้แล้ว ระยะเวลาของสัมปทานที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้สิทธิทำกิจการที่ได้รับสัมปทานไปแล้ว จำนวนไม้หรือของป่าที่ผู้ฟ้องคดีได้นำออกไปแล้ว ประโยชน์อย่างอื่นที่ผู้ฟ้องคดีได้รับไป อันเนื่องจากการทำกิจการที่ได้รับสัมปทานในระหว่างอายุสัมปทานรวมทั้งมูลค่าของทรัพย์สินหรือสิ่งของที่เหลืออยู่ในขณะที่มีการผิดสัญญาสัมปทานซึ่งยังเป็นประโยชน์ต่อผู้ฟ้องคดี ส่วนเงินชดเชยความเสียหายจากการที่ผู้ฟ้องคดีต้องขาดผลประโยชน์อันพึงได้ที่เป็นกำไรในปีสัมปทานที่เหลืออยู่ตามสัญญานั้น มาตรา 68 (3) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 กำหนดห้ามมิให้มีการจ่ายเงินชดเชยเพื่อผลกำไรหรือผลประโยชน์ใด ๆ ที่ผู้รับสัมปทานคาดว่าจะได้รับจากการทำกิจการที่ได้รับสัมปทาน ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิได้รับเงินส่วนนี้ สำหรับคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังการผิดสัญญาสัมปทานนั้น คำสั่งดังกล่าวเป็นเพียงหนังสือบอกกล่าวทวงถามให้ชำระหนี้ หากผู้ฟ้องคดีไม่ชำระก็มีผลทำให้ตกเป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้เท่านั้นไม่ใช่คำสั่งที่มีผลบังคับต่อผู้ฟ้องคดี จึงยังไม่ถือว่าคำสั่งดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายหลังจากการมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการทำให้ป่าชายเลน (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.85/2549 และที่ อ.324/2549)

จะเห็นได้ว่า ผลทางกฎหมายในกรณีดังกล่าวคือรัฐจะต้องจ่ายค่าเสียหายให้กับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งจากคดีข้างต้นนั้น ศาลได้กำหนดค่าเสียหายให้ตามที่ข้อสัญญาและข้อกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยพิเคราะห์ถึงทางได้เสียทุกอย่างของเอกชนคู่สัญญาแต่จะไม่ได้รับเงินชดเชยเพื่อผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับจากการทำกิจการเนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น

โดยจะมีความแตกต่างกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งหากมีการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนซึ่งรวมถึง ค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ด้วย นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะชดเชยโดยการจ่ายค่าเสียหายให้ เท่านั้น ไม่อาจจะต่ออายุสัญญาให้เอกชนคู่สัญญาได้ ตัวอย่างเช่น ในสัญญาสัมปทานระยะเวลา 5 ปี หากรัฐหยุดการทำสัมปทานดังกล่าวเป็นเวลา 3 ปี ระหว่างอายุสัมปทาน โดยเหตุผลทาง นิเวศวิทยาและทางการบริหาร ต่อมาเหลือเวลาอีกประมาณ 1 ปี รัฐให้เอกชนทำต่อไปจนครบอายุ สัมปทาน กรณีดังกล่าวการที่รัฐให้หยุดสัมปทานไว้ ถ้าเป็นเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐสามารถที่จะทำได้ เสมือนกับเป็นการยกเลิกสัญญาสัมปทานนั้นไปโดยปริยาย ถ้าฝ่ายปกครองให้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยุดดำเนินการ โดยปกติแล้วฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับ เอกชนเพราะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ ลักษณะคล้าย ๆ กับการใช้อำนาจเหนือ ต่อมา ถ้าภายหลังเวลาสัมปทาน ยังเหลือเวลาอีก 1 ปี ถ้าจะให้คู่สัญญาฝ่ายผู้รับสัมปทานเดิมเข้ามารับ ตรงนี้ผู้รับสัมปทานไม่จำเป็นที่จะต้องยอมรับเงื่อนไขเดิม ๆ อาจจะต้องถือว่าเป็นการทำสัญญาใหม่ เนื่องจากรัฐเหมือนกับได้ยกเลิกสัญญานั้นไปแล้ว การทำสัญญาใหม่ไม่สามารถที่จะเอาเงื่อนไขเดิม เข้ามาใช้ได้ เพราะฉะนั้น โดยปกติถ้ายอมรับแค่ 1 ปี ก็เหมือนกับเอกชนยอมรับเงื่อนไขในสัญญาใหม่ นั้นแล้ว คือ แค่ 1 ปี เพราะฉะนั้น เป็นไปตามข้อสัญญาที่ยอมรับกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถ ที่จะนำคดีมาฟ้องศาลเพื่อให้ระยะเวลาขยายออกไปในช่วงที่หยุดไปได้ ในกรณีนี้คู่สัญญาฝ่าย เอกชนไม่สามารถจะนำมาฟ้องต่อศาลได้⁴¹

2) ผลของการใช้เอกสิทธิ์ตามข้อกำหนดในสัญญา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ข้อกำหนดในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนมักจะมีข้อ ที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการที่จะสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ หรือรวมอยู่ใน เอกสารสัญญา แต่งานดังกล่าวต้องอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา และยังมี สิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญาด้วย ซึ่งการที่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นก็คือ การชดใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนคู่สัญญาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น ซึ่งทำให้เอกชนต้องรับภาระ มากขึ้น โดยหากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 ซึ่งหน่วยงาน

⁴¹ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ฉ็อง-โกล็ด เวเนเซีย (Jean - Claude Venézia), ถอดเทปจากการบรรยายพิเศษเรื่อง สัญญาทางปกครอง วันที่ 27 พฤศจิกายน 2545 สำนักงานศาลปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 3, เล่มที่ 1, น. 45 -46 (มกราคม – เมษายน 2546).

ทางปกครองให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่งานดังกล่าว อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา ก็ย่อมมีผลผูกพันเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งหน่วยงานทางปกครองต้องจ่ายเงินค่าจ้างในการทำงานตามข้อตกลงดังกล่าวให้แก่ผู้รับจ้างตามที่ตกลงกันไว้

ในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาระบุไว้ให้ผู้สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยผู้สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใด ๆ ทั้งสิ้นนั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ได้วินิจฉัยว่ากรณีที่มีค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและผู้สัญญาฝ่ายเอกชนได้กระทำไปตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา หากมีคำขอให้ชดเชยค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลอาจกำหนดให้ได้ แต่ค่าเสียหายในส่วนที่ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนได้กระทำไปนอกเหนือจากข้อกำหนดในสัญญานั้น ศาลไม่กำหนดให้ เนื่องจากเห็นว่า เป็นการเสี่ยงภัยเพื่อประโยชน์ของตนเอง นอกจากนี้ มีตัวอย่างคดีเกี่ยวกับผลของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง คือ

: คำพิพากษาศาลปกครองสงขลาที่ 119/2551 องค์การบริหารส่วนตำบลคลองชีล้อม (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีก่อสร้างระบบประปาหมู่บ้านโดยในแบบประมาณการขุดเจาะบ่อบาดาลไว้ที่ความลึก 150 เมตร โดยคำนวณราคาไว้ตามความลึกที่ขุดเจาะ แต่ผู้ฟ้องคดีขุดเจาะไป 56 เมตร ก็ได้ปริมาณน้ำตามที่กำหนดในสัญญา คือ 5 ลูกบาศก์เมตร ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่า จะต้องหักเงินตามลักษณะงานที่ทำได้จริง จึงหักเงินค่าจ้างก่อสร้างระบบประปาหมู่บ้านจากผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลเห็นว่า แม้ว่าข้อกำหนดของสัญญาจ้างดังกล่าวจะได้กำหนดให้ผู้ควบคุมงานของผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมหรือตัดทอนซึ่งงานตามสัญญา โดยมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญาด้วยโดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจของผู้สัญญาฝ่ายปกครองในอันที่จะแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่เพียงฝ่ายเดียว อันเป็นลักษณะพิเศษประการหนึ่งของสัญญาทางปกครอง แต่การที่ผู้ควบคุมงานสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือการตัดทอนงานตามข้อกำหนดในสัญญาเป็นเพียงการให้อำนาจผู้ควบคุมงานในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนงาน รวมทั้งกำหนดมาตรการของการไม่ปฏิบัติตามเท่านั้น มิได้หมายความว่า หากมีการแก้ไข เพิ่มเติม หรือตัดทอนแล้วจะต้องปรับลดค่าจ้างด้วย กล่าวคือ การจะปรับลดค่าจ้างขึ้นอยู่กับการตกลงของผู้สัญญาที่จะมีขึ้นตามข้อกำหนดของสัญญาดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจที่จะปรับลดเงินค่าจ้างจากผู้ฟ้องคดีและมีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าจ้างที่ปรับลดลงให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นค่าขุดเจาะบ่อบาดาลที่ปรับลดลงพร้อมด้วยดอกเบี้ย

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้หน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงปริมาณงานตามสัญญา แต่ไม่มีอำนาจในการลดเงินค่าจ้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมโดยการตกลงกับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่วางหลักโดยศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจในการปรับลดค่าจ้างหรือค่าตอบแทน

4.4.1.2 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควร

กรณีที่มีการคาดหมายกันไว้แล้วโดยทำเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับเงินชดเชยค่าก่อสร้าง (ค่า K) ตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติกำหนดไว้ โดยจะมีสูตรในการคำนวณเพื่อพิจารณาเพิ่มหรือลดราคาจ้างเหมาแบ่งตามประเภทและลักษณะงานซึ่งมีการกำหนดสูตรแตกต่างกัน โดยแบ่งเป็นหมวดงานอาคาร งานดิน งานทาง งานชลประทาน งานสาธารณูปโภค เป็นต้น และในแต่ละประเภทงานก็จะแบ่งการคำนวณตามลักษณะของงานที่มีความแตกต่างกันอีกด้วย

ในกรณีที่ไม่ใช่สัญญาแบบปรับราคาได้ หน่วยงานทางปกครองจะยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา กล่าวคือ จะถือข้อกำหนดในสัญญาเป็นหลักในการปฏิบัติต่อกัน ซึ่งหากมีข้อพิพาทในชั้นศาลยังไม่ปรากฏว่าศาลปกครองได้นำหลักเหตุอันมีอาจคาดหมายได้มาใช้ในลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่หากกรณีมีเหตุอันมีอาจคาดหมายได้ซึ่งทำให้คู่สัญญาเอกชนต้องรับภาระในการทำงานเพิ่มและเอกชนฟ้องขอค่าเสียหายอันเป็นการขอให้ใช้เงินนั้นศาลจะพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองต้องชดใช้เงินในงานที่เพิ่มขึ้นนั้นโดยเห็นว่าเป็นการจ่ายเงินตอบแทนการทำงานตามคำสั่งที่เพิ่มขึ้นจากข้อตกลงตามสัญญา แต่กรณีที่เกิดเหตุอันมีอาจคาดหมายได้และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ศาลจะไม่กำหนดค่าบังคับให้ โดยศาลเห็นว่าไม่มีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้ เนื่องจากไม่เป็นไปตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนกรณีที่เอกชนคู่สัญญาเห็นว่าเหตุที่ทำให้ตนต้องรับภาระมากเกินไป และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้มีการเลิกสัญญานั้น มีตัวอย่างคำวินิจฉัย คือ

: คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 402/2546 กรณีที่กรุงเทพมหานครผู้ว่าจ้างไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างได้ เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับการจัดกรรมสิทธิ์จนกระทั่งล่วงเลยระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้มีการเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างงานวางท่อประปา ท่อจ่ายน้ำ และงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งศาลเห็นว่า

ในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทั้งจะต้องปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีถูกโต้แย้งตามสัญญา ซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีไม่อาจเริ่มทำการก่อสร้างตามสัญญาได้จนเวลาได้ล่วงเลยกำหนดตามสัญญาแล้ว เพราะกรุงเทพมหานครไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้ทำการก่อสร้างได้ ซึ่งเป็นพฤติการณ์นอกเหนือการคาดหมายของคู่สัญญา และวิญญูชนในขณะที่เข้าทำสัญญา ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถปฏิบัติหรือทำตามวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างได้นั้น ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวมิใช่ข้อโต้แย้งตามสัญญาทั้งไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้แจ้งเหตุหรือพฤติการณ์ที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเริ่มทำงานตามเงื่อนไขและข้อกำหนดแห่งสัญญาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบ อันจะทำให้มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิตามสัญญาเกิดขึ้น จึงยังไม่อาจถือได้ว่าการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิตามสัญญา ส่วนกรณีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาในอุทธรณ์ว่า ผู้ฟ้องคดีอาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะอาจถูกริบเงินหลักประกันและถูกขึ้นทะเบียนเป็นผู้ทำงานของทางราชการ ซึ่งเกิดจากเหตุนอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญาและมีใช้ความผิดของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิใช้เป็นเหตุบอกเลิกสัญญาและใช้สิทธิทางศาลเพราะถือว่าเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญานั้น เห็นว่า คดีนี้ไม่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าว และผู้ฟ้องคดีก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีดังกล่าวเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถขอให้ศาลเลิกสัญญาดังกล่าวได้ เนื่องจากศาลเห็นว่า ยังไม่มีข้อโต้แย้งตามสัญญา แต่หากภายหลังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถูกริบหลักประกันสัญญาหรือถูกคำสั่งลงโทษให้เป็นผู้ทำงาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งการกระทำดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ จึงเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิฟ้องขอให้มีการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญา ซึ่งศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ดังนี้

: คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 721/2548 กรณีที่มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) ทำสัญญาว่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างต่อเติมอาคารเรียน แต่ภายหลังจากการทำสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าข้อสัญญาเกี่ยวกับการแบ่งงวดงาน งบการเงินและกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติงานไม่เป็นธรรมกับผู้ฟ้องคดี จึงได้มีหนังสือถึงคณะกรรมการตรวจการจ้างเพื่อขอ

แก้ไขสัญญาที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมดังกล่าว แต่คณะกรรมการฯ และผู้ควบคุมงานมีมติยืนยันตามมติเดิม และเร่งรัดให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญา ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้แก้ไขข้อสัญญาหรือให้ยกเลิกสัญญาฉบับดังกล่าว ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า โดยที่อำนาจออกคำสั่งปฏิบัติตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นอำนาจในการสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในเงื่อนไขของสัญญาเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการนอกเหนือหรือเกินไปกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ ดังนั้น คำขอของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจออกคำสั่งให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ดังกล่าว

: คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 854/2550 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างบ้านพักอาศัยพร้อมสิ่งสาธารณูปโภคในโครงการบ้านเอื้ออาทร จังหวัดนครราชสีมา ที่ทำไว้กับการเคหะแห่งชาติ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีขยายเวลาทำงานก่อสร้างตามสัญญาและสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีเรียกเบี้ยปรับฐานผิดสัญญาจากผู้ฟ้องคดีนั้น ศาลเห็นว่า กรณีตามคำขอเป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอขยายระยะเวลาตามข้อสัญญาแล้วผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉยมิได้วินิจฉัยให้ จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิเสธคำขอโดยการไม่พิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีตามสิทธิของฝ่ายผู้ว่าจ้างตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งคู่สัญญาได้ตกลงให้เป็นดุลยพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ อันเป็นพันธะกรณีแห่งสัญญาของคู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติต่อกัน ศาลไม่อาจก้าวล่วงบังคับคู่สัญญาได้ คำขอดังกล่าวจึงเป็นคำขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้กระทำการหรือให้งดเว้นกระทำการนอกเหนือหรือเกินไปกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา ศาลจึงไม่อาจก้าวล่วงไปกำหนดคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

ซึ่งหากพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง จะเห็นได้ว่า กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอแก้ไขสัญญาโดยขอขยายระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญา ศาลจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยเห็นว่าไม่อาจก้าวล่วงไปกำหนดคำสั่งได้ เนื่องจากเป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่กรณีดังกล่าวหากหน่วยงานไม่ขยายระยะเวลาแล้วใช้สิทธิหักเงินค่าจ้างไว้เป็นค่าปรับ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงจะมีสิทธิฟ้องขอให้คืนค่าปรับได้ หรือหากถูกสั่งให้เป็นผู้ทำงานแล้วจึงจะมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้

โดยสรุป ในระบบกฎหมายของไทยนั้น ผลทางกฎหมายในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอันทำให้เอกชนต้องรับภาระเกินกว่าที่คาดหมายได้ดังกล่าวนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถขอแก้ไขข้อสัญญาหรือยกเลิกสัญญาได้ และอาจกล่าวได้ว่า ศาลไม่ได้ยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* โดยให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำไว้ต่อกันโดยตรง แต่ยอมรับบังคับให้ในกรณีที่มีข้อพิพาทอันเกิดความไม่เป็นธรรมจากการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นในภายหลัง อันเป็นลักษณะของการฟ้องโต้แย้งการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง และอาจเยียวยาความเสียหายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เป็นตัวเงินเท่านั้น ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย เป็นเอกสิทธิ์เด็ดขาดของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลจะไม่ก้าวล่วงไปใช้อำนาจดังกล่าว อันเป็นไปในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

4.4.2 กรณีข้อกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงไป

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมายภายหลังทำสัญญา และมีผลกระทบต่อเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา กรณีดังกล่าว หากคู่สัญญาตกลงกันให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวให้สอดคล้องกับข้อกฎหมายใหม่ คู่สัญญาก็จะปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันใหม่นั้น แต่หากตกลงกันไม่ได้ กรณีดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยยังไม่มี ความชัดเจนมากนัก โดยหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาก็อาจใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ และหากฝ่ายเอกชนเห็นว่าการใช้อำนาจแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวมีผลทำให้ตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้กำหนดค่าเสียหายให้ได้ แต่หากคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต้องยอมรับปฏิบัติตามสัญญาเดิมนั้นโดยไม่อาจขอให้ศาลแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง คือ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 646/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องขอให้มีการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับใหม่และมีผลกระทบต่อเนื้อหาของสัญญาตามที่กำหนดไว้เดิม แต่ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผลที่ตามมาก็คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาเดิมต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม หากในการปฏิบัติ

ตามสัญญาเดิมกันต่อไปนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองปฏิบัติไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจฟ้องโต้แย้งการกระทำดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยอาจขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองระงับการทำการหรืองดเว้นการทำการบางอย่าง เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายใหม่ได้ เช่น ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองระงับการใช้อำนาจตามข้อกำหนดในสัญญาเดิมได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 535/2551) หรือขอให้ศาลสั่งให้คู่สัญญาทำการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ได้ (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 327/2552 และที่ 330/2552)

ซึ่งจากกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น กฎหมายใหม่ที่มีผลใช้บังคับภายหลังการทำสัญญา ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับประโยชน์อันมีลักษณะที่เป็นคุณกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การบังคับใช้กฎหมายใหม่ซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกรณีนี้จึงไม่เป็นปัญหามากนัก แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายใหม่ซึ่งมีผลใช้บังคับภายหลังการทำสัญญา ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเสียประโยชน์หรือมีลักษณะที่เป็นโทษนั้น ผลของคำพิพากษาก็น่าจะไม่มีเปลี่ยนแปลง โดยมีผลเป็นการบังคับให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายใหม่ที่ออกมาใช้บังคับในภายหลัง แต่ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ส่วนผลของข้อกำหนดตามสัญญาเดิมนั้นยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลว่า ข้อตกลงตามสัญญาดังกล่าวจะมีผลเป็นอย่างไรต่อไป อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ข้อกำหนดตามสัญญาเดิมที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายใหม่ที่ออกมาใช้บังคับก็ย่อมมีผลตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ต่อไป แต่หากข้อกำหนดตามสัญญามีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ข้อกำหนดตามสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นอันตกไปโดยปริยายไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง จึงย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และแม้ศาลปกครองจะไม่บังคับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายตามคำขอของคู่สัญญาโดยตรงก็ตาม แต่ศาลก็อาจบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ได้ในกรณีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญาภายหลังการเปลี่ยนแปลงไปของกฎหมาย

4.5 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป

ด้วยเหตุที่หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยเป็นการวางหลักโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งได้จัดตั้งขึ้นในระยะเวลาที่ไม่ยาวนานนัก ลักษณะของหลัก *clausula rebus sic stantibus* ที่ปรากฏในระบบกฎหมายปกครองของไทย และผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปภายหลังการทำสัญญาดังกล่าว จึงยังไม่มี ความชัดเจนและเป็นระบบมากนัก โดยปรากฏปัญหาบางประการดังนี้

4.5.1 การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในระบบกฎหมายไทย เป็นการใช้อำนาจตามข้อกำหนดในสัญญาและข้อกำหนดของกฎหมายเท่านั้น โดยมีได้มีการใช้หลักเอกสิทธิ์ดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปในสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากมีการเปลี่ยนแปลงไปของพฤติการณ์ภายหลังทำสัญญาและมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แล้วไม่มีข้อกำหนดให้อำนาจไว้ในสัญญาหรือกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่อาจใช้อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ อีกทั้งองค์การที่วินิจฉัยข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวเช่นศาลปกครองก็ยังไม่ยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยอ้างอิงจากข้อสัญญาหรือข้อกำหนด ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายปกครองในต่างประเทศ กล่าวคือ เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาในประเทศฝรั่งเศสถือเป็นอำนาจมหาชนอันเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปโดยไม่ต้องกำหนดไว้ในสัญญา ถ้ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ย่อมใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวได้เสมอ ส่วนในประเทศเยอรมันก็ยอมรับหลักการดังกล่าวโดยกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ (VwVfG) มาตรา 60 (1) ประโยคที่สอง หากมีกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว ซึ่งอำนาจนี้รวมถึงการแก้ไขสัญญาทางปกครองด้วยตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในลักษณะของการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองโดยยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนในเยอรมันยอมรับโดยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แม้ว่าจะระดับความเข้มข้นของการกระทบต่อประโยชน์สาธารณะจะมีความแตกต่างกันก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องนี้ซึ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไปอย่างในต่างประเทศ จึงอาจทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป แต่ไม่มีข้อกำหนดหรือข้อสัญญาให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ อย่างไรก็ตาม

ปัจจุบันได้ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ยืนยันว่าอำนาจการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป อันเป็นการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

นอกจากนี้ ยังปรากฏปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในกรณีดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายบางฉบับกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชยให้เอกชนคู่สัญญา ในกรณีที่รัฐใช้อำนาจกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งน่าจะขัดกับหลักกฎหมายมหาชนโดยทั่วไป ที่เอกชนซึ่งต้องเสียหายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมต้องได้รับการเยียวยาจากรัฐ และในส่วนของข้อกำหนดค่าเสียหายโดยศาลปกครองก็ยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องนี้ ส่วนใหญ่แล้วศาลจะกำหนดให้ตามที่ระบุไว้ในสัญญาหรือตามข้อกำหนด ซึ่งหากกฎหมายระบุไว้ว่าไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการชดเชยในกรณีใด ศาลก็จะพิพากษาไปตามข้อกำหนดนั้น โดยในบางกรณีอาจจะไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เนื่องจากกฎหมายไม่ได้เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจ ศาลจึงมีหน้าที่ต้องวินิจฉัยโดยผูกพันกับข้อกำหนด

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้น ในสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำไว้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักจะกำหนดอำนาจดังกล่าวไว้ในข้อสัญญาโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจดังกล่าวว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงอาจใช้อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือยกเลิกสัญญาตามอำเภอใจ นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจะเป็นการทำลายการแสดงเจตนาของคู่สัญญา การให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองกล่าวอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่เพียงง่าย ๆ เพื่อปลดปล่อยพันธะแห่งสัญญา ย่อมกระทบต่อความสุจริตของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน เหตุผลเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” นั้น จึงควรต้องเป็นเหตุผลที่มีความหนักแน่นพอที่จะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวเข้าไปแทรกแซงผลผูกพันของสัญญาโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ และควรทำได้เท่าที่จำเป็นโดยซึ่งนำหน้าระหว่างผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วย และการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจดังกล่าว

4.5.2 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควร

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่า กรณีดังกล่าวมีการยอมรับเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ในระบบกฎหมายไทยอย่างค่อนข้างจะจำกัด โดยกรณีของการเยียวยาโดยฝ่ายปกครองนั้น จะเกิดขึ้นเฉพาะในสัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งระบุให้เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้เท่านั้น โดยไม่ได้มีการใช้บังคับถึงสัญญาประเภทอื่น เช่น สัญญาสัมปทานซึ่งมักจะมีระยะเวลาที่ยาวนานและอาจเกิดเหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปในระหว่างสัญญาได้มาก และการจ่ายค่าชดเชยในกรณีนี้ค่อนข้างจะมีการใช้อย่างจำกัดมาก โดยต้องมีการระบุไว้ในเอกสารประกวดราคาและในสัญญาว่าให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ ซึ่งหมายความว่าคู่สัญญาคาดเห็นได้ว่าอาจจะมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเกิดขึ้น แต่หากกรณีที่มีได้มีการคาดหมายไว้จริงๆ คือไม่มีการระบุว่าเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ไว้ ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจจะช่วยเหลือโดยการชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ เพราะไม่มีอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าว และในชั้นของการวินิจฉัยคดีพิพาทของศาลก็ยังไม่ปรากฏว่าศาลได้ยอมรับเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้มาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท นอกจากกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเหตุที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยขยายระยะเวลาหรือลดค่าปรับได้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และกรณีที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอันไม่อาจคาดหมายได้ภายหลังทำสัญญาและคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้สั่งให้เอกชนทำงานเพิ่มเติมเพื่อไม่ให้กระทบต่อการดำเนินการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากเอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการทำงานเพิ่มเติมจึงต้องได้รับเงินค่าตอบแทนในส่วนนั้น กรณีจึงมีปัญหาว่าหากเอกชนกระทำไปโดยมิได้มีคำสั่งจากหน่วยงานทางปกครอง เอกชนคู่สัญญาจะมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนในส่วนนั้นหรือไม่ อันจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลัก *clausula rebus sic stantibus* ของศาลปกครองอย่างแท้จริงในกรณีดังกล่าว

ส่วนในกรณีที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปทำให้เอกชนคู่สัญญาได้รับภาระหนักเกินกว่าจะคาดหมายได้ แต่มิได้เป็นกรณีที่จะต้องทำงานเพิ่มเติม เช่น กรณีเกิดวิกฤติเศรษฐกิจหรือสงคราม ซึ่งทำให้กระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาอย่างมาก และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะมีสิทธิเรียกร้องอะไรได้เลย หากมิได้มีการทำสัญญาเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้และมีมติคณะรัฐมนตรี

ออกมาให้การช่วยเหลือ โดยหากมีการขอแก้ไขสัญญาแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยินยอม เอกชน คู่สัญญาก็ไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยขอให้ศาลสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไข สัญญาได้ เนื่องจากศาลได้วางหลักไว้ว่า คำขอให้มีการแก้ไขสัญญาเป็นคำขอให้ศาลกำหนด คำบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่นอกเหนือหรือแตกต่างไปจาก ที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา จึงไม่อาจมีคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และหากเอกชนใช้สิทธิในการ เลิกสัญญาก็อาจตกเป็นผู้ผิดสัญญาต้องชดใช้ค่าเสียหายที่ทำให้การบริการสาธารณะต้อง กระทบกระเทือน เพราะโดยข้อกฎหมายและข้อสัญญาแล้ว ไม่ได้ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะ เลิกสัญญาได้ โดยเฉพาะในกรณีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายปกครองมิได้มีการปฏิบัติผิดไปจากข้อตกลง ในสัญญาแต่อย่างใด

4.5.3 กรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปภายหลังทำสัญญา

กรณีนี้หากคู่สัญญาตกลงกันไม่ได้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา ให้สอดคล้องกับกฎหมายใหม่ และนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าว ศาลปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายของข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว โดยเห็นว่าศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้มีการแก้ไข สัญญาได้ เนื่องจากไม่อาจออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกรณีดังกล่าว น่าจะทำให้มีปัญหา ในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำ ทางปกครองอย่างหนึ่ง โดยจะไม่มีองค์กรใดเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ทางปกครองในกรณีดังกล่าวเลย ทั้งที่องค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้ “หลักการกระทำทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมาย” และสัญญาทางปกครองก็ต้องผูกพันกับหลักดังกล่าวเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะไม่ออกคำบังคับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนด ในสัญญาดังกล่าวโดยตรง แต่หากภายหลังมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา ศาลได้ ยอมรับพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ บังคับใช้ในภายหลัง โดยเป็นกรณีฟ้องขอให้งดเว้นการกระทำการซึ่งไม่เป็นไปตามกฎหมาย ดังกล่าว ซึ่งศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยว่า ข้อตกลงตามสัญญาเปลี่ยนแปลงไปโดยผลของกฎหมายแล้ว ข้อตกลงในสัญญาซึ่งไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาอีกต่อไป นอกจากนี้ ยังปรากฏกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้คู่สัญญากระทำการให้เป็นไปตามบทบัญญัติ

ของกฎหมายใหม่ ซึ่งศาลก็ได้วินิจฉัยให้ผู้สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดต้องปฏิบัติตาม บทบัญญัติของกฎหมายใหม่ดังกล่าว แม้จะมีข้อตกลงตามสัญญาเดิมอยู่ก็ตาม ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายย่อมมีสถานะที่เหนือกว่าสัญญา ซึ่งสัญญาจำต้องถือปฏิบัติตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาทางปกครองซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

การที่ศาลปกครองไม่รับคดีไว้พิจารณาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ แต่จะรับไว้พิจารณาต่อเมื่อมีข้อพิพาทในการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งทำให้ข้อกำหนดในสัญญาที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายยังคงอยู่ต่อไป อันทำให้สัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาเดิมกันต่อไป โดยไม่มีการโต้แย้งเป็นคดีขึ้นสู่ศาล การปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาเดิมของคู่สัญญาย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การที่ศาลไม่ยอมรับอำนาจในการออกคำสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่จะรับไว้พิจารณาเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้น ย่อมเป็นการก่อให้เกิดความยุ่งยากในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมถึงการนำคดีขึ้นสู่ศาลเมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น และน่าจะเป็นการเพิ่มจำนวนคดีที่เกิดขึ้นจากมูลเหตุที่แท้จริงเพียงมูลเหตุเดียวให้กับศาลอีกด้วย