

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นนั้นอาจจะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งคู่สัญญาอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยจะต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญาซึ่งเรียกว่าสัญญาทางแพ่ง นอกจากนี้สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นอาจจะเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับคู่ความฝ่ายเอกชนไม่ได้อยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองซึ่งแนวคิดทั่วไปรวมถึงระบบกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองจะอยู่ได้ระบบกฎหมายมหาชน

แนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญคือทฤษฎีอำนาจมหาชน ทฤษฎีบริการสาธารณะ และหลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา

2.1 ทฤษฎีอำนาจมหาชน

บริการสาธารณะไม่ว่าจะมองในแง่มุมมองอำนาจมหาชนย่อมเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นข้อความคิดที่ควบคู่กับบริการสาธารณะเสมอ กล่าวคือหากมองในแง่ว่าบริการสาธารณะเป็นเป้าหมายของรัฐอำนาจมหาชนก็เป็นเครื่องมือที่รัฐจะใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือหากจะมองว่าบริการสาธารณะเป็นรูปแบบการบริหารจัดการภารกิจของรัฐอำนาจมหาชนย่อมเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบดังกล่าวเพราะบริการสาธารณะในความหมายนี้ย่อมหมายความถึงกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และรัฐเข้าไปรับผิดชอบในกิจกรรมนั้น ซึ่งย่อมหมายถึงว่าการดำเนินการกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวรัฐต้องใช้อำนาจมหาชนเข้าบริหารจัดการ

ความเป็นมาของข้อความคิดว่าด้วยอำนาจมหาชนนี้เกิดจากฐานความคิด 2 ฐาน ฐานความคิดแรกเป็นข้อความคิดที่พัฒนามาจากยุคโรมันเป็นทฤษฎีที่รัฐใช้เพื่อสนับสนุนอำนาจรัฐตามทฤษฎีนี้อำนาจมหาชนหมายถึงรัฐและการใช้อำนาจรัฐ จากทฤษฎีนี้ทำให้เห็นว่าอำนาจมหาชนกับรัฐเป็นสิ่งเดียวกันดังนั้นเจตจำนงของรัฐเป็นใหญ่อยู่เหนือเจตจำนงของประชาชนในขณะที่แนวคิดสมัยใหม่พัฒนาหลักทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นว่าอำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชนเพราะรัฐมีหน้าที่ต้องเป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ หลักอำนาจมหาชนในความหมายหลังพัฒนาต่อมาทำให้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการทำภารกิจออกเป็น 2 ประเภท คือ

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ (acte d'autorité) และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ (acte de gestion) และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่นำมาใช้ในคดีที่เกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เป็นอันมาก โดยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และใช้หลักกฎหมายปกครอง ในขณะที่การกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม และใช้หลักกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะ¹

2.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือ โดยเอกชนซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ²

บริการสาธารณะเป็นกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐ หรือ องค์กรของรัฐเข้ามารับภาระในการเข้าดำเนินการ หรือ ควบคุมดูแล ดังนั้น การบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชน และเป็นกฎเกณฑ์ที่เข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้ดำเนินการอยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปได้ด้วยดี ดังเป็นที่ทราบ และยอมรับทั่วไปแล้วว่า บริการสาธารณะต้องมุ่งเพื่อการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมแต่กิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะทุกประเภทไม่จำเป็นต้องเป็นบริการสาธารณะเสมอไป ความต้องการของส่วนรวมเหล่านี้จะอยู่ในสถานะเป็นบริการสาธารณะก็ต่อเมื่อเป็นกิจการที่ปัจเจกชน ไม่อาจตอบสนองได้ดีพอ และการปล่อยให้ดำเนินการเป็นไปตามหลักการแข่งขันเสรี หรือ หลักอุปสงค์อุปทานของลัทธิทุนนิยมจะทำให้คนส่วนใหญ่ต้องเดือดร้อนจึงจำเป็นที่รัฐจะต้องแทรกแซงเข้าจัดการหรือเข้าควบคุมเพื่อมิให้ประโยชน์สาธารณะเสียหาย³ โดยทั่วไปแล้วกิจกรรมซึ่งจัดว่าเป็นบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะประเภทใด หรือ เป็นบริการสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ใด ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น กฎหมายของบริการสาธารณะ หรือหลักเกณฑ์ร่วมนี้ ได้ถูกสร้างขึ้นมาให้มีส่วนคล้ายกับหลักทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงสถานะภาพของบริการสาธารณะนั้น กฎหมายของบริการสาธารณะ

¹ บุนผา อัครพิมาน. (2545). **สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย**. หน้า 17-18.

² นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก (2547). **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. หน้า 107.

³ บุนผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 9.

หรือ หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ประกอบด้วยหลัก

4 ประการ คือ

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะ

หลักว่าด้วยความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นรัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะแต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใด โดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะนี้มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในสิทธิซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ในมาตรา 1 ที่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระ และเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะนี้เป็นการรับรองขั้นพื้นฐานของสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคในด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา⁴ หรือ อาจกล่าวได้ว่าทุกคนเสมอภาคกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะทั้งในสิทธิ และภาระหน้าที่ เช่น ทุกคนมีสิทธิใช้บริการสาธารณะถ้าได้ทำตามเงื่อนไข ทุกคนมีสิทธิสมัครเข้าเป็นพนักงานบริการสาธารณะถ้ามีคุณสมบัติครบถ้วน ทุกคนมีสิทธิเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะทุกคนที่มีคุณสมบัติเดียวกันก็มีหน้าที่ และความผิดเท่ากัน เป็นต้น

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หมายความว่าบริการสาธารณะเป็นการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่นดังนั้นบริการสาธารณะในรัฐ และท้องถิ่นจึงขาดไม่ได้ และต้องทำต่อเนื่องกันตลอดเวลาเพราะมิฉะนั้นประชาชนก็จะเดือดร้อนหลักนี้มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่มที่เกี่ยวข้องคือ⁵

(1) ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำจะต้องควบคุมดูแลให้บริการสาธารณะดำเนินตลอดเวลา มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นหากมีการหยุดชะงัก เช่น จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในอุบัติเหตุรถชนกันเพราะสัญญาไฟจราจรเสียหายและไม่จัดการแก้ไข หรือหาวิธีป้องกันในระหว่างนั้น

⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข (2544). **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**. หน้า 40.

⁵ โภคิน พลกุล. เล่มเดิม. หน้า 22.

(2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดไปไม่ว่าจะประสบอุปสรรค และความยุ่งยากเพียงใดเว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นจะตกเป็นพ้นวิสัย อย่างไรก็ตามหากปัญหาอุปสรรคที่เอกชนคู่สัญญาต้องประสบในการปฏิบัติตามสัญญาเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ฝ่ายปกครองจะต้องช่วยเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะต่อไป เช่น ด้วยการเพิ่มค่าตอบแทน นอกจากนี้แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาเอกชนคู่สัญญาจะอาศัยหลักต่างตอบแทนในกฎหมายแพ่งด้วยการไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าฝ่ายปกครองจะชำระหนี้ คือ ปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาก่อนไม่ได้ เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป และเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองแทน

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ มีหลักว่าบริการสาธารณะต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน หลักนี้เกิดจากลักษณะของบริการสาธารณะที่มุ่งเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ของส่วนรวมซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของสังคม และยุคสมัยดังนั้นการดำเนินการบริการสาธารณะ จึงต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่เสมอเพื่อให้การดำเนินการนั้นสามารถตอบสนองต่อความต้องการของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อกิจการใดที่เป็นประโยชน์สาธารณะแล้วรัฐเข้ารับดำเนินการในรูปของการบริการสาธารณะกิจการนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักการถูกปรับเปลี่ยน ได้ตลอดเวลาเพื่อให้การบริการนั้นทันสมัยและตอบสนองความต้องการของสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ การปรับเปลี่ยนอาจรวมตลอดถึงการถูกยกเลิกที่จะดำเนินการกิจการนั้นในรูปของการบริการสาธารณะด้วยหากปรากฏว่ากิจการนั้นไม่เป็นไปตามความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป หลักนี้มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่ม ที่เกี่ยวข้องคือ⁶

(1) ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำต้องพัฒนาบริการสาธารณะที่ตนควบคุมดูแลให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของส่วนรวม

(2) เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงต่อตำแหน่งหน้าที่หากมีการยุบเลิกหรือปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะ

(3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองจะอ้างว่าตนจะปฏิบัติตามสัญญาเดิมไปจนกว่าจะสิ้นสุดอายุสัญญาไม่ได้ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลง หากปรับเปลี่ยนไม่ได้ฝ่ายปกครองมีสิทธิดำเนินการให้มีการเลิกสัญญาได้ เช่น ได้ทำสัญญาตามไฟตามถนนด้วยก๊าซเมื่อมีไฟฟ้าเข้ามาแทนที่และมีความสมควรเหมาะสมที่จะใช้ไฟฟ้าแทนก๊าซ เอกชนคู่สัญญาต้องปรับเปลี่ยนจะอ้างว่าจะใช้ก๊าซต่อไปจนสิ้นสุดอายุสัญญาไม่ได้ นอกจากนี้เอกชนผู้รับบริการหรือ

⁶ แหล่งเดิม. หน้า 23.

ผู้บริโภคก็ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงในราคาค่าบริการที่นำมาใช้ในการพัฒนาหรือปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะเช่นกัน

4) หลักว่าด้วยความเป็นกลางของบริการสาธารณะ หลักนี้โดยแท้จริงแล้วเป็นอีกมิติหนึ่งของหลักว่าด้วยความเสมอภาคนั่นเอง กล่าวคือ หากมองในแง่ประชาชนหรือผู้ใช้บริการในฐานะผู้รับทุกคนมีสิทธิและมีหลักประกันที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและโดยเสมอภาคจากรัฐภายใต้เงื่อนไขและลักษณะของบริการนั้นๆ ในทางตรงข้ามหากมองในแง่ของรัฐ หรือฝ่ายปกครองในฐานะผู้ให้บริการฝ่ายปกครองจะต้องมีความเป็นกลางในการให้บริการแก่ประชาชนตามสภาพของบริการและสถานะของผู้ใช้บริการ การเลือกปฏิบัติจะเป็นไปได้เท่าที่จำเป็น และมีกฎหมายอนุญาตไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตามการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะแตกต่างกันในลักษณะที่แตกต่างกันไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดกับหลักความเป็นกลาง จุดเชื่อมโยงของหลักความเป็นกลางกับหลักความเสมอภาคจึงอยู่ที่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งของรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ ดังนั้น โดยหลักการบริการสาธารณะ จึงต้องมีลักษณะที่เป็นกลางบุคคลไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติในการได้รับบริการ ภายใต้เงื่อนไข และลักษณะของบริการนั้นๆ และประชาชนย่อมมีสิทธิได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกันตามสถานะของผู้รับ⁷

2.3 หลักคุณภาพทางการเงินในสัญญา⁸

หลักนี้เป็นหลักที่แสดงให้เห็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ

หลักประการที่ 1 กรณีฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากการนั้น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักว่าฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น ฟังสังเกตว่าค่าทดแทนไม่ใช่ค่าเสียหายเพราะค่าเสียหายเกิดจากการผิดสัญญาของฝ่ายปกครอง

หลักประการที่ 2 เรียกว่าทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince แปลตรงตัวว่า การกระทำของเจ้าชาย) เป็นหลักกฎหมายที่สภาปรึกษาแห่งรัฐวางไว้เป็นบรรทัดฐานสรุปสาระสำคัญของทฤษฎีได้คือ หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญาเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครอง (เจ้าชาย) ผู้เป็นคู่สัญญาเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจพิเศษของตนทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปกครองต้องชดใช้

⁷ บุษผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 16-17.

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” *กฎหมายปกครอง*, 5. หน้า 104-107.

ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา สำหรับทฤษฎีนี้จะใช้เมื่อใดมีข้อสังเกตว่าคำพิพากษาศาษาที่ปรึกษาแห่งรัฐแยกระหว่างการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญาเองกับฝ่ายปกครองอื่นออกจากกันและแยกความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือ มาตรการทั่วไปออกจากกันดังนี้

(1) ทฤษฎีนี้อาจใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่เอกชนคู่สัญญาซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง และคำสั่งเฉพาะเรื่องนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาถูกระทบกระเทือนเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น โดยตรง เช่น สัญญาให้สัมปทานทำเหมืองแร่แก่เอกชน เมื่อเอกชนขนเครื่องมือจะเข้าไปสำรวจแร่รัฐคู่สัญญาห้ามไม่ให้เข้าในเขตสัมปทานโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ไม่ใช่เรื่องการใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาแต่เป็นการใช้อำนาจห้ามเข้าตามกฎหมายอื่น เช่นนี้ ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองคู่สัญญาใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลต่างๆ ไปและมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาถูกระทบกระเทือนและเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าเอกชนไม่ถูกระทบตามลำพังเพราะเป็นผลกระทบทั่วไปทุกคน ฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนตามหลักความเสมอภาคในสิทธิหน้าที่ของทฤษฎีบริการสาธารณะ เว้นแต่มาตรการนั้นจะกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของที่จำเป็นต้องนำมาใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมาก เช่นนี้ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทน

(2) ทฤษฎีนี้ไม่ใช่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองหน่วยอื่นเป็นผู้ก่อการพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ในสัญญากับเทศบาลนั้นปรากฏว่า รัฐเป็นผู้ใช้อำนาจทำให้ภาระเพิ่มขึ้น โดยออกกฎหมาย หรือ คำสั่งเฉพาะเรื่องมาเช่นนี้ต้องบังคับตามทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ (Théorie de l'imprévision) แทน

หลักประการที่ 3 เรียกว่าทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ เป็นทฤษฎีที่มีจุดเด่นเฉพาะของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือในสัญญาทางแพ่งนั้นถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัยแล้วแม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้ยากขึ้นเพียงใด และเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนย่อยยับแล้วคู่สัญญาก็ยังคงต้องทำตามสัญญาอยู่นั่นเอง แต่ในสัญญาทางปกครองสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ได้ยอมหลักการนี้เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่า ถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้น โดยไม่อาจคาดหมายและไม่ใช้ความคิดของใครแล้วบริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าทดแทนเพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมาอันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง เงื่อนไขที่จะก่อให้เกิดการใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้ คือ



1) คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุที่เกิดขึ้นอันกระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรง และเหตุนั้นเป็นเหตุไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤตการณ์เศรษฐกิจร้ายแรงหรือแม้กระทั่งการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่การเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดาเพราะคาดหมายผิด ไม่ได้กำไร ไม่ใช่เหตุที่จะใช้ทฤษฎีนี้

2) เหตุที่เกิดขึ้นต้องเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาคู่กรณีแห่งสัญญา และคู่สัญญาไม่อาจป้องกันได้

3) เหตุที่เกิดขึ้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ความร้ายแรงของเหตุการณ์ที่กระทบสัญญาต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาเอกชนขาดทุนย่อยยับ และนานเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ กรณีนี้เองที่ศาลปกครองจะกำหนดอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนเอาไว้ในเป็นภาระของคู่สัญญาเอกชน ส่วนที่เกินความเสี่ยงที่คนธรรมดาคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายปกครองต้องจ่าย

ผลทางกฎหมายของเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ก็คือ เอกชนคู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่แต่จะได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้น และผลทางกฎหมายเช่นนี้จะมีอยู่ตลอดไปไม่ได้แต่จะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น โดย

(1) แม้จะเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้การทำตามสัญญาเป็นไปได้ยากมากที่สุดก็ตาม คู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิมเพราะทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั่นเอง

(2) คู่สัญญาเอกชนมีสิทธิได้ค่าทดแทนเป็นเงิน ในการนี้ศาลปกครองจะไม่พิพากษาให้ฝ่ายปกครองชำระค่าทดแทนเลยทันที แต่จะพยายามให้คู่กรณีทำสัญญากันใหม่เองก่อน ถ้าคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ศาลจึงจะกำหนดค่าทดแทนให้ค่าทดแทนในกรณีเหตุไม่อาจคาดหมายได้นี้จะไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองแต่ศาลจะคำนวณค่าทดแทนให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญาและจะให้ค่าทดแทนการขาดทุนในส่วนที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายปกครองต้องชดใช้และให้เอกชนคู่สัญญารับภาระขาดทุนเล็กน้อย

(3) ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเพื่อบำบัดเหตุร้ายแรงที่เป็นการชั่วคราว ถ้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับเป็นเหตุถาวร นับแต่วันแรกที่เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวรฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนอีกต่อไป คู่สัญญาจำต้องเลิกสัญญาโดยปริยายโดยถือเสมือนว่า สัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย

